الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الجزائر

كلية الحقوق

بن عكنون الجزائر

الحماية الوطنية و الدولية للإستثمار الأجنبي و ضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية

رسالة ماجستير

فرع القانون الدولي و العلاقات الدولية

من إعداد الطالب : كعباش عبد الله

إشراف الدكتور : يوسفي محمد

لجنة المناقشة

الأستاذ : ....رئيسا

الأستاذ :..مقررا

الأستاذ : .... عضوا

العام الجامعي : 2001-2002.

الحمايـــة الوطنيـــة والدوليـــة للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية

مقدمــــــــــــــــــــــة:

لقد أدى استقلال غالبية شعوب بلدان العالم الثالث وتحررها من الاستعمار إلى عادة النظر في التقسيم التقليدي للعالم(معسكر غربي ومعســـكر شــرقي)الــذي كــان يســتند إلى المعيــار الأيديولوجي،مما أدى إلى القطبية الثنائية وقيام الحرب الباردة،واستبداله بتقسيــم جديد يقوم علــى تباين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية و إلى الهوة الموجودة بين مستوى معيشة شعوب كل مــن الدول المتقدمة والدول النامية [1]المتولد عن التفاوت في مستوى النمو الاقتصــادي وبالتــالي عــدم التكافؤ الصارخ في حجم الثروات هذه الظاهرة أفرزت معطيات اقتصادية واجتماعيــة وسياســية وقانونية جعلت الاهتمام بموضوع الاستثمارات الأجنبية أمرا لامناص منه على الصعيدين الوطــني والدولي،فمن حيث المعطيات الاقتصادية تعتبر مسالة تمويل التنمية في البلدان المتخلفة مــن أهــم المصاعب الاقتصادية التي تواجه هذه البلدان، رغم أن عنصر راس المال ليس هو العنصــر الوحيد المتحكم في مسار التنمية الاقتصادية والاجتماعية،إذ هناك عنصر آخر لا يقل عنه أهمية وهو عنصــر الخبرة الفنية والتقنية وبدون هذين العنصرين لا يمكن لأية دولة أن تضمن تحقيق نموها الاقتصــادي وتوازها الاجتماعي،لذلك فقد قيل بان عنصر راس المال والخبرة الفنية والتقنية هما عصب التنميــة الحديثة وافتقار الدول لهما معناه إخفاق التنمية إن لم نقــل استحالتها[2].ولكي تتمكن الــدول النامية من التخفيف من حدة الأوضاع المتردية فيها وتحقيق ما تصبو إليه من تقدم ورقي لابد عليــها من الاستعانة بالاستثمار الأجنبي مادامت لا تملك بديلا عنه رغم المخاوف التي تبديــها بعــض الدول من الإستثمار الأجنبي عموما ومن الآثار السلبية التي تركتها على اقتصادياتهــا في المــاضي القريب خاصة فيما يتعلق باستتراف ونهب ثرواتها الطبيعية وتشويه البنية الاقتصادية فيها.

---

[1] تشير بعض الإحصائيات إلى أن حوالي 25 ./. من سكان العالم يعيشون على ما يعادل 80 ./. من إجمالي الدخل العالمي وهــم بطبيعة الحال سكان الدول المتقدمـــة.بينما يعيش75./. من باقي سكان العالم على 20 ./. من إجمالي الدخل العالمي عارف دليلة. أزمة التنمية والفكر التنموي الجديد. مقال: منشور في مجلة دراسات عربية،العدد الخامس مارس 1980 بيروت ص06 .

[2] عبد السلام جعفر. الإطار القانوني الدولي للتنمية الاقتصادية، مقال منشور في مجلة مصــــر، المعاصرة.العدد 369 ســنة 1977 القاهــــرة ص 48

إن معظم الدراسات الاقتصادية تجمع على أن الاحتياجات المالية للدول النامية تفوق بكثير إمكانياتها رغم التعبئة التي تبذلها هذه الأخيرة كمحاولة منها في الاعتماد على النفس واتباع سياسة التقشف و التقليل من الالتجاء إلى التمويل الخارجي، ذلك أن حجم الاستثمار الذي تتطلبـــــه التنمية لتغطية متطلبات الاحتياجات الأساسية لشعوب بلدان العالم الثالث ،كما جاء في تقرير البنك الدولي للتنمية والتعميـــــر،يبقى بعيد المنال،مؤكدا بان حجم الأموال المطلوبة يجب أن لا يقل عن 125 بليون دولار بينما لا تتعدى قيمة مجموع القروض المقدمة من طرف الدول المتقدمة21 بليون دولار و هو مبلغ لا يفي باحتياجات الدول النامية وبعيد كل البعد عن تقديرات البنك الدولي ومؤشرا ته[1]. كما تشير تقديرات أخرى للبنك الدولي بان حجم مجموع الاستثمارات الحكومية وغير الحكومية المباشرة وغير المباشرة المستثمر في الدول النامية لا يقل عن نسبة25% من إجمالي استثمارات الدول المتقدمة[2]،مما يؤكد بان مصادر التمويل الأجنبي ليست متاحة بالشكل الذي يظنه البعض،وان ظاهرة نقص الاستثمار في الدول النامية لا تعود إلى ضخامة احتياجات هذه الأخيرة بقدر ما تعود إلى ظاهرة تمركز الأموال في الدول المتقدمة واندماج الرأسمالية الصناعية بالرأسمالية المصرفية(ظاهرة الشركات المتعددة الجنسية).

أما عن الاعتبارات القانونية فان فكرة حماية وضمان الاستثمار الأجنبي لم تكن محل بحث أو اهتمام قبل استقلال شعوب الدول النامية كون أن هذه الشعوب لم تكن لها القدرة على رقابة ثرواتها والسيطرة عليها والتحكم في استغلالها،مما جعل الشركات الأجنبية صاحبة الامتياز لا تتعرض لأي خطر من الأخطار السياسية و لم يكن النظام القانوني السائد آنذاك يلزم الشركات الأجنبية بالخضوع لسيادة الدول المتواجدة بها ،إلا انه ومنذ بداية الخمسينات ونتيجة للتحرر السياسي لغالبية شعوب البلدان النامية وظهور هذه الدول ككيانات قانونية دولية متميزة في أنظمتها القانونية و الاجتماعية والسياسية عن أنظمة الدول الاستعمارية وعن النظام القانوني الذي كان سائدا إبان فترة الاستعمار الذي لم يكن يبدي أي اهتمام لمصالح الشعوب المستعمرة ولا وضاعها الاقتصادية والاجتماعية المتردية-مما زاد في الهوة بين هذه الشعوب والدول المستعمرة لها،وكان من الطبيعي أن

---

[1]محبوب الحق .مقال(تجاه هيكل جديد لانتقال الموارد الدولية) مجلة التمويل والتنمية .ملحق الأهرام الاقتصادي. سنة1975 ص89
[2]اســـهان كابور.مقال (المصادر المتاحة للعملات الأوروبية أمام الدول النامية) مجلة التمويل والتنمية.ملحق الأهرام الاقتصادي.العدد 10 أكتوبر 1977 ص55.

ينمو الإحساس بالعداء تجاه الشركات الأجنبية باعتبارها كانت تمثل أدوات النهب والاستغلال، وللحد من هيمنتها سعت الدول الحديثة الاستقلال إلى فرض سيطرتها على ثرواتها وتحريرها من هيمنة هذه الشركات باعتبار هذه الثروات مصدر تقدم شعوبها، مما أدى إلى انتشار ظاهرة المخاطر السياسية وما زاد من حدة هذه الظاهرة تباين الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لشعوب هذه الدول وعدم استقرارها السياسي ، هذه الأوضاع أثرت سلبا على حركة الاستثمارات الأجنبية مما أدى إلى تراجعها وإحجام المستثمرين على الاستثمار بها،و يمكن رد الأسباب التي أدت بالمستثمرين الأجانب إلى التردد في استثمار أموالهم بالدول النامية عموما إلى مجموعتين من الأسباب وهي:

1)أسباب مرتبطة بالظروف المحيطة بالاستثمار في الدول النامية بوجه عام وتتمثل في انعدام التسهيلات الأساسية لنجاح المشروع الاستثماري،كالخدمات المصرفية، والمواصلات السلكية اللاسلكية، والموانئ والطرقات وغيرها من هياكل البنية الأساسية [1].

2) عوامل تتمثل في القيود التي تضعها بعض الدول في وجه استثمار الأموال الأجنبية كالقيود المتعلقة بحضر الاستثمار في قطاعات أو مشروعات معينة ، القيود المتعلقة بتحويل أرباح المشروعات و إعادة تصدير رأس المال، القيود الماسة بحق الملكية كالتأميم والمصادرة ونزع الملكية بدافع المصلحة الوطنية.

هذه العوامل مجتمعة ولدت لدى المستثمرين الأجانب الشعور بالخوف من المصير المجهول و عدم الاطمئنان، الى جانب وجود مقولة قديمة تقضي بأن الدولة أقوى من الطرف الخاص الأجنبي وأنها تستطيع التأثير على توازن العقد بتعديله أو إلغائه من جانب واحد دون أدنى ضمان[2]، مما جعل المستثمرين الأجانب لا ينظرون بعين الرضا إلى التعهدات التي تمنحها لهم الدول النامية.

والحقيقة إن ما تهدف إليه المقولة التي ترى بان الدولة أقوى من الطرف الأجنبي الخاص لا تتعلق بالسيطرة المزعومة على الشركات الأجنبية من قبل الدول المضيفة لها،إنما الهدف منها هو إخراج العلاقة العقدية من إطارها الداخلي كعلاقة قانونية تخضع لقانون موقع المال وجعلها علاقة دولية يستبعد فيها تطبيق القوانين الداخلية للدول المضيفة .

---

[1] لقـد تفطنت بعض الدول إلى ذلك فنصت في تشريعاتها على مساهمة الدولة في الاستثمارات القاعدية كما جاء ذلك في نص المادة 28 مـن الأمـر رقم 01/ 03 المؤرخ في 20أوت 2001 المتضمن قانون تطوير الاستثمار. ج. ر للجمهورية الجزائرية عدد 47 الصادرة بتاريخ 22أوت 2001.

[2] معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.رسالة دكتوراه.كلية الحقوق .جامعة الجزائر.ص296.

من هنا تبرز لنا أهمية دراسة إشكالية الاستثمار الأجنبي وحمايته من المخاطر التي يتعرض لها في الدول النامية ،لان الاستثمار كظاهرة دولية لا يعود في ظهوره إلى ظهور الدول النامية والى بداية الخمسينات من القرن العشرين ،بل يعود تاريخ ظهوره إلى القرن الثامن عشر وبداية القرن التاسع عشر حيث كانت الأموال تنتقل بحرية تامة ودون أن تتعرض لأي خطر من الأخطار السياسية[1].

لذا فان الجديد في إشكالية ومحتوى الاستثمار الأجنبي هو انتشار ظاهرة المخاطر وتزايد رغبة الدول المستقلة حديثا في فرض سيطرتها على كل ما هو أجنبي داخل إقليمها تجسيدا لمبدأ السيادة الوطنية،وفي ذات الوقت الرغبة الملحة في الحصول على اكبر قدر ممكن من الاستثمار الأجنبي لمواجهة المصاعب الاقتصادية والمالية التي تعاني منها، الأمر الذي جعل رغبتها في الحصول على الأموال تصطدم برغبتها في فرض سيطرتها على الأموال الأجنبية والحفاظ على سيادتها،وليس بالأمر السهل التوفيق بين المصالح المتضاربة لهذه الدول ،وقد أدى هذا الوضع بالدول والمنظمات الدولية إلى البحث عن السبل و الوسائل القانونية اللازمة لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال آليات وطنية ودولية مع الاعتراف للدول المضيفة بحق السيطرة على الأموال الأجنبية بما يضمن لها المحافظة على مصالحها العليا. لذلك فان دراستنا لهذا الموضوع تنطلق من فكرة التوفيق بين الاستثمار كحاجة اقتصادية ملحة لا يمكن الاستغناء عنه بتوفير الحماية اللازمة له على مستوى الدول النامية وتجنيبه مخاطر المساس بحقوق الملكية أو لأي أجراء من الإجراءات التي قد تتخذها ضده الدولة المضيفة .ومن جهة أخرى حماية المصالح القومية للدولة المضيفة بما يضمن لها تحقيق مصالحها العليا تجسيدا لسيادتها،وهو ما سنتناوله تحت عنوان الحماية الوطنية و الدولية للاستثمار الأجنبي وضمانه من المخاطر غير التجارية التي يتعرض لها في البلدان النامية وقد وجدنا من المناسب دراسة هذا الموضوع لما يثيره من مناقشة وتحليل لقضايا ما تزال عالقة،بل وتزداد تعقيدا يوما بعد يوم لتضارب المصالح وتباين مواقف الدول بشأنها ،وفي معالجتنا لهذا الموضوع ارتأينا بأن نتبع منهجا تحليليا يقوم على معالجة عناصر ومعطيات الموضوع و استقراء الأحكام من خلال تقسيمنا لموضوع هذا البحث إلى بابين:

الباب الأول: نخصصه لدراسة الحماية الوطنية للاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية.

الباب الثاني: الوسائل الدولية لحماية و ضمان الاستثمارات الأجنبية .

---

[1]عبد الواحد محمد الفار .أحكام التعاون الدولي.الناشر عالم الكتب.القاهرة ص87-89

الباب الأول

الحماية الوطنية للاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية التي تتعرض لها .

تمهيد:

يهدف هذا الباب إلى التعريف بأهمية الاستثمارات الأجنبية و المخاطر التي تواجهها ، و وسائل الحماية القانونية المتاحة على الصعيد الداخلي للدول المستوردة و المصدرة لرؤوس الأموال بغرض تشجيع تنقلها إلى الدول النامية،بعد أن أصبحت المخاطر السياسية تشكل عائقا في وجهها، مما أدى بالدول المضيفة والمصدرة إلى البحث عن الو سائل و الآليات القانونية التي من شأنها طمأنة المستثمر عن المناخ السياسي الذي يتولى الاستثمار فيه لأنه مهما كانت طبيعة التسهيلات و الإعفاءات الضريبية والامتيازات المالية الممنوحة له أو أية شروط تشجيعية أخرى تمنحها له الدولة المضيفة لن تفيده في شيء وسيظل مترددا في استثمار أمواله مادام شبح الخوف من المخاطر السياسية يسيطر عليه،ويعتبر انعدام الثقة هو أكبر عائق في وجه المستثمر الأجنبي ولكسر هذا الهاجس عملت الدول المضيفة على تلطيف مناخها الاستثماري من خلال سنها لتشريعات خاصة بتنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي رغم الاقتناع بمحدودية وعدم فعالية هذه التشريعات لا نه لا يوجد ما يمنع الدولة المضيفة من القيام بتعديل وإلغاء تشريعاتها وهذه الحقيقة يدركها المستثمر تمام الإدراك مما يزيد من عدم اطمئنانه لوسائل الحماية التي توفرها له الدولة المضيفة ولإعطائه مزيدا من الأمان،حرصت الدول المضيفة على تأكيد التزامها بمقتضى معاهدات واتفاقيات دولية تبرمها مع الدولة التي يتبعها المستثمر.

كما أوجدت الدول المصدرة لرؤوس الأموال آليات محلية تتبعها في تشجيع مستثمريها بالخارج حماية لمصالحها الاقتصادية وبذلك تلتقي إرادة الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال في حماية وتشجيع الاستثمارات كما سنبين ذلك من خلال هذه الدراسة، وقد وجدنا من المناسب تقسيم هذا الباب إلى فصول ثلاثة نتناول في كل منها ما يلي:

الفصل الأول/ أهمية الاستثمار الأجنبي و المخاطر التي يتعرض لها في الدول النامية.

الفصل الثاني / الحماية القانونية التي توفرها الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي.

الفصل الثالث / الحماية القانونية التي توفرها الدول المصدرة للاستثمار.

الفصـــــــل الأول

أهمية الاستثمار الأجنبي و المخاطر التي يتعرض لها

تمهيـــد:

لقد شهد موضوع الاستثمار الأجنبي اهتماما كبيرا خلال الفترة الممتدة ما بين القرن التاسع عشر وبداية القرن العشرين لدرجة انه وصف بالعصر الذهبي . غيران ارتباط الاستثمار الأجنبي بالتوسع الاستعماري جعل الدول الحديثة الاستقلال تتحفظ بشأنه وبمدى أهميته كحتمية وضرورة اقتصادية للبناء الاقتصادي ،وقد أدى ذلك الى وجود خلاف كبير بين مؤيد ومعارض له رغم أن تاريخ العلاقات الاقتصادية الدولية شاهد على أهمية هذا العنصر في مجال التنمية لكثير من الشعوب والأمم [1] مما يدل على أهميته في مجال التنمية .

والحقيقة أن الخلاف القائم حول موضوع الاستثمار الأجنبي من حيث أهميته ومدى فعاليته كعنصر هام في مجال التنمية لا يكمن في الاستثمار ذاته بقدر ما يكمن في الشكل القانوني الذي يتخذه هذا الاستثمار والظروف السياسية والاقتصادية المحيطة به وطنيا ودوليا والمخاطر التي يتعرض لها كما سنوضح ذلك من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مباحث ثلاثة:

المبحث الأول : الاستثمارات الأجنبية كاختيار استراتيجي وكضرورة اقتصادية واجتماعية .

المبحث الثاني: مفهوم الاستثمار الأجنبي وأشكاله.

المبحث الثالث :المخاطر السياسية.

---

[1] بيير رينوفان و جان باتيست دوروزيل مدخـــل إلى تاريخ العلاقـــات الدولية .ترجمـــة فايز كم نقش . مكتبة الفكـــر الجامعي بيـــروت، طبعـــة عام 1967 ص 172 .

المبحث الأول

أهمية الاستثمار الأجنبي كاختيار استراتيجي وضرورة اقتصادية و سياسية.

تمهيـــد

يعتبر الاستثمار عنصرا أساسيا في البناء الاقتصادي لأي مجتمع،وهو غير متاح بالقدر الذي يغطي احتياجات جميع الدول،مما يستوجب اتباع استراتيجية معينة تجاهه لتلبية الاحتياجات الاقتصادية غير المحدودة مقارنة بالموارد المالية المحدودة أو النادرة.وتجنبا للآثار المترتبة عن هذه المعادلة المتناقضة،تلجأ غالبية الدول إلى تبني إستراتيجية وطنية ودولية لسد حاجياتها،ويمثل اختيار الاستثمار الأجنبي إحدى صور وأساليب هذا الاختيار الاستراتيجي

المطلب الأول:

مدى أهمية الاستثمار الأجنبي كاختيار استراتيجي

نتناول في هذا المطلب التطور التاريخي للاستثمار الأجنبي الخاص وتأثيره على الحياة الاقتصادية للدول عبر مختلف مراحل تطوره.

الفـــرع الأول

تطور الاستثمار الأجنبي عبر أهم المراحل التاريخية له

إن الدراسات التاريخية للعلاقات الاقتصادية الدولية تؤكد بأن الاستثمارات الأجنبية الخاصة عرفت نموا معتبرا لها منذ القرن الثامن عشر[1]،وكانت تنتقل بحرية تامة من دولة لأخرى،مما ساعد على نموها واستمرار تطورها ،وتمثل الفترة الممتدة ما بين 1800و1918 العصر الذهبي للاستثمار الأجنبي الخاص، كما يقول بذلك أحد رجال الأعمال (إننا نسحق تحت ثقل راس المال)[2].

لكن هذا الوضع عرف تراجعا خلال الحرب العالمية الأولى و الأزمة الاقتصاديـــــة لعام1929 والحرب العالمية الثانية، وقد أدى ذلك إلى حدوث تغيير في مجال التمويل الدولي، فاحتلت الاستثمارات العامة مكان الصدارة وبلغت قيمتها خلال تلك الفترة أزيد من 34 مليـــارا،بينما لم

---

[1] بير رينوفان و جان باتيست دوروزيل مدخـــــل إلى تاريخ العلاقـــات ، المرجع السابق، ص 172.

A. A.Fatouros Government Guarantees To Foreign Investors Columbia University Press New York and London 1962 P 15-17.

[2] جيل برتان. الاستثمار الدولي . ترجمة علي زعرور مقلف. مكتبة الفكر الجامعي بيروت ص15

يبلغ حجم الاستثمار الخاص خلال نفس الفترة سوى 8 ملاييـــر[1] ويرجع السبب في ذلك إلى التغيرات التي وقعت في موازين القوي للدول الكبرى،حيث فقدت البلدان الأوروبية معظم استثماراتها الخاصة بينما أصبحت الولايات المتحدة الأمريكية قوة اقتصاديـــة وسياســـة عظمى تحتل صدارة العالم الرأسمالي[2]

هذا الوضع ساعد الولايات المتحدة بان تكون حليفا استراتيجيا لدول أوروبا الغربية وتتصدى للزحف الشيوعي الذي بات يهددها جميعا،ولكي تتمكن الولايات المتحدة الأمريكية ا من الوقوف ضد الزحف الشيوعي تبنت مشروع مارشال لإعادة تعمير وبناء أوروبا[3]، معتمدة في ذلك على القطاع العام الأمريكي،مما جعل الاستثمارات العامة الأمريكية تحتل الصدارة في مجال التمويل الخارجي وقد يقودنا ذلك إلى التساؤل عما إذا كان الاستثمار العام قد اصبح منذ الحرب العالمية الثانية بديلا للاستثمار الخاص أم انه مجرد ظاهرة من ظواهر الحرب جاءت لسد الفراغ الذي أحدثه غياب رأس المال الخاص؟ أم أنه أسلوب جديد فرضته التغيرات الدولية في موازين القوى الاقتصادية العالمية و في طبيعة النظام الاقتصادي الدولي[4] كما سنبين ذلك من خلال دراستنا للعنصر الموالي.

---

[1] جيل برتان: الاستثمار الدولي، المرجع السابق ص16 و17 ط 1970.

[2] لقد خسرت ألمانيا جميع استثماراتها الموجودة بالخارج و فرنسا نصف ممتلكاتها أما بريطانيا فقد خسرت أزيد من ربع ممتلكاتها، أنظر في ذلك: جيل برتان. الاستثمار الدولي، المرجع السابق ص 20.

[3] لقد تجسد هذا المشروع في الخطاب الذي ألقاه الجنرال (مارشال) في جامعة هارفرد الأمريكية عام 1947حيث أعلن فيه استعداد الولايات المتحدة لمساعدة أوربا و على إثر ذلك ردت الدول الأوروبية في مؤتمر باريس خلال نفس السنة و في نفس الشهر الذي قدم فـــيه الاقتراح بقبولها للمساعدة و تم إسناد المشروع لهيئاتهما: منظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي و إدارة التعاون الاقتصادي و مهمتها توزيـــع القروض و المنح على الدول المستفيدة و قد مكن مشروع مارشال من تحقيق إعادة بناء أوروبا و إنعاش اقتصاده. أنظر: محمد خالد عبد القادر الترجمان، النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس 1988 ص 56-58.

[4] إن تغـــير موازيـــن القوى جعل الولايات المتحدة تتحول من مستورد رئيسي لرؤوس الأموال إلى مصدر لها.كما أن ظهور الاتحاد السوفياتي كنظام سياسي واقتصادي متميز ساعدت على ظهور فكر التمويل الدولي العام.انظر/عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق.ص 53.

الفـــرع الثـــاني

أهمية الاستثمار الأجنبي كخيار استراتيجي

إن التمويل بواسطة الاستثمار الأجنبي الخاص يعتبر من اقدم الأساليب المتبعة في مجال العلاقات الاقتصادية الدولية،ففي القرن التاسع عشر كانت الاستثمارات الأجنبية الخاصة مصدر نمو وتطور الاقتصاد الأمريكي[1]وكانت الاستثمارات الأوروبية مسيطرة على العالم إلا أن فقدان هذه الأخيرة لمعظم استثماراتها أثناء الحرب العالمية الثانية غير موازين القوى وجعل الولايات المتحدة الأمريكية تبرز كقوة اقتصادية عالمية،ولكي تضطلع بمهمة إعادة تعمير أوروبا لابد عليها أن تجمع بين الاستثمارات العامة والاستثمارات الخاصة وتجعل منهما اختيارا إستراتيجيا،ويعني ذلك أن الاستثمار العام الخارجي للدول الرأسمالية جاء كحتمية تاريخية لدعم النظام الرأسمالي من جهة وخلق المناخ المناسب للاستثمار الخاص من جهة ثانية وليس بديلا عنه كما يظن البعض لأن طبيعة النظام الرأسمالي تفرض على الدول التي تتبنى هذا النظام العمل بشتى الوسائل والطرق على إعادة الاعتبار للاستثمار الخاص على المستوى الدولي وجعله يحتل مكانته الطبيعية ،نظرا لما في ذلك من ضمان لمصالح الدول المصدرة وليس خشية من عدم وجود فرص استثمار بداخل تلك الدول وفي ذلك يقول الأستاذ/ كاندليبرجر« إن تأخر النشاط الاقتصادي داخل بريطانيا يعوض بسرعة بمزيد من الاستثمارات في الخارج[2]».

إن المنافع التي يحققها الاستثمار الأجنبي لا تكمن في مجرد معدلات ربح مرتفعة بل تشمل أيضا منافع اقتصادية وسياسية للدول المصدرة لرؤوس الأموال،كالأسواق والمواد الأولية ومراكز النفوذ.....الخ،مما يجعل التفرقة بين الاستثمار العام الأجنبي والاستثمار الخاص غير مجدية رغم الاختلاف الملاحظ في طبيعة كل منهمـــــا.

كما أن عدم كفاية التمويل الخارجي يجعل من الصعوبة بمكان على الدول النامية الاختيار بين الاستثمار الأجنبي العام والاستثمار الأجنبي الخاص مادامت في حاجة ماسة لمزيد منها وهو ما أكده تقرير الأمين العام لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية في الدورة الخامسة والأربعين الذي جاء فيه« انه إذا أريد تحقيق معدل نمو اقتصادي مرضي في الدول النامية لابد من حصول زيادة ضخمة في

---

[1] A. A. Fatouros Government Guarantees OP Cit. P 15-17.

[2]) سهيل عامر: دور الاستثمار الأجنبي في دعم الاقتصاد الإسرائيلي ، مقال. مجلة صامد الاقتصادي. ع2 سبتمبر1980 ص37 وكذلك جيل برتان. الاستثمار الدولي .المرجع السابق.ص20 .

معدل تدفق رؤوس الأموال الأجنبية وأن الاستثمار الأجنبي الخاص ينبغي أن يكون مكملا للاستثمارات العامة المختلـــفة » [1]

إن فكرة المفاضلة بين الاستثمار العام والاستثمار الخاص ما هي في الواقع سوى مجرد وهم كما يؤكد ذلك التقرير السنوي لصندوق النقد الدولي الذي جاء فيه (أن البلدان النامية في حاجة كبيرة لمزيد من الاستثمار الخارجي ولسنوات عديدة مقبلة وأنها لن تحصل على هذه ا لزيادة نظرا للمصاعب الاقتصادية التي تواجه البلدان المتقدمة بسبب انخفاض معدلات نموها ،وازدياد اهتمامها بالمناطق الأقل نموا فيها وبتحسين وضعية الفئات الاجتماعية المحرومـــة .

كما أن فكرة المساعدات الدولية المتمثلة في تخصيص نسبـــــة 1 %من إجمالي الدخل القومي للدول المتطورة ،التي أقرتها المنظومـــة الدولية لصالح الدول المتخلفة لم تتحقق بسبب الاعتبارات السيـــاسيـــة والتاريخية ،مما أدى إلى اعتبار مدلول المساعدة مجرد إحسان وليس التزاما قانونيا يقع على عاتق الدول المتقدمة[2].

كما أن التوزيع الجغرافـــي للاستثمـــار الأجنبي عموما لا يتم بصورة عادلـــة لخضوعه للاعتبارات سياســـة من جهة[3]ولعدم التكيف مما يجعله يتوجه في اغلب الأحيان إلى أقاليم الدول الأكثر تطورا نظرا لما تحتويه من أسواق واسعة وبنيات تصديرية مماثلة للبنيات التي جاء منها الاستثمار،وقد يتوجه إلى الدول التي تربطه بها علاقات تاريخيـــة كما هو الحال بالنسبة لبعض المستعمرات،أو مناطق النفـــوذ، أو لوجود تحـــالف استراتيجي كما كان عليه الحال على الصعيد

[1] انظر في ذلك/ تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي لعام 1969 ص13.

[2] إذا كانت الدول النامية تنظر إلى المساعدة الدولية على أنها حق لها والتزام على عاتق الدول المتقدمة فان الدول الاشتراكية تنظر إلى المساعدة الدولية نظرة تاريخية تقوم أساسا على النهب والاستغلال الشعوب و دول العالم الثالث بحكم العلاقات الاستعمارية، مما يجعل هذه الأخيرة المسؤول الوحيد عن تعويض الضرر. بينما تنظر إليها الدول الغربية مجرد التزام و إنساني كما جاء ذلك على لسان رئيس اللجنة الاستشارية لوزارة المالية الألمانية، أنظر: عبد الواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق ص 60 إسماعيل صبري عـــبد الله، نحو نظام اقتصادي عالمي جديد.(ص75) وكذلك مذكرة الجزائر للدورة الاستثنائية للأمم المتحدة بعنوان(البترول والمواد الأساسية) سوناطراك.ص 551 و 552.

[3] أنظر: عارف دليلة، القمة الصناعية الغربية من أجل ماذا؟ و ضد من، مجلة العربي، ع 288، شهر نوفمبر 1982 الكويت، ص 25.

الأوروبـــي و الولايات المتحدة الأمريكية حيث كانت بريطانيا تمثل المنطقة المفضلـــة للاستثمار الأمريكي منذ انتهاء الحرب العالمية الثانية إلى غاية منتصف الستينات[1]

وقد امتد بعد ذلك الاستثمار الأمريكي ليشمل دول السوق الأوروبية المشتركة وغيرها من الدول الأخرى مثل كندا ودول أمريكا اللاتينيـــة نظرا لأهميتها السياسية كمنطقة نفوذ و لقربها مـــن الولايات المتحدة من جهة ولموقعها الاستراتيجي من الناحية الأمنية أو لأنها منطقة نفوذ أمريكـــي[2]،الشيء الذي يؤكد أهمية الاعتبارات السياسية ومدى تأثيرها في توجيه حركة رؤوس الأموال الأجنبية،بيد أن الأمر لم يتوقف عند حد الاعتبارات السياسية والأمنية،إنما يشمل أيضا اختلاف طبيعة البنيات الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة والدول المصدرة للاستثمار مما أثر سلبا على حركة تنقل رؤوس الأموال وعلى اقتصاديات الدول النامية الأمر الذي جعل نشاط الاستثمار الأجنبي يتسم بعدم التجانس مع نشاط التنمية لمعظم الدول الوافد إليها لدرجة الانفصال الكامل بينها وقد أدى هذا الوضع إلى بروز قطاعين اقتصاديين مختلفين في ظروف عملهما ووتيرة نموهمـــــا[3].

وعلى العكس من ذلك تماما فقد أثبتت التجربة الألمانية بأنه رغم انطلاق الاقتصاد الألماني بعد الحرب العالمية الثانية من الصفر ،إلا انه تمكن خلال فترة وجيزة من إعادة بناء نفسه بفضل الاستثمارات الأجنبية لدرجة انه اصبح ينافـــس اقتصاد الولايات المتحدة في حين لم تتمكن الدول النامية بلـــوغ 4/1 ما بلغه الاقتصاد الألماني خلال نفس الفترة الزمنية ويرجع البعض سبب ذلك إلى اختلاف طبيعة البنيات الاقتصاديـــة والاجتماعية وما تحدثه من عدم توازن وتجانس في القطاع الاقتصادي[4] وتفاديا للآثار السلبية الناجمة عن عدم التجانس البنيوي للاستثمار الأجنبي،فان الدول

---

[1] لـــيبرسون :ماذا يجري في العالم الغني والعالم الفقير. ترجمة إبراهيم نافع، دار المعارف المصرية.ط 71 ص 313.

[2] لقـــد بلغـــت نســـبة الاستثمارات الأمريكية الموجهة إلى بريطانيا نحو 30./. من مجمل الاستثمارات الأمريكية وفي الفترة ما بين الخمســـينات وبدايـــة الستينات تحصلت كل دول أمريكا اللاتينية وكندا على ما يزد عن 62 ./. انظر في ذلك: جورج الراسي الاشتراكية والشركات متعددة الجنسيات.دار النفط والتنمية.ط1977 ص70 إلى 80.

[3] يقوم قطاع الإنتاج في هذه الدول على توافر بمجموعة من الظروف و العناصر المتضاربة في آن واحد و مكان واحد و يتجلى ذلك من خلال تعايش طريقتي الإنتاج الحديثة و البدائية و يعرف هذا الشكل من أشكال التضارب بالازدواجية الاقتصادية ويفترض فيها أنها مرحلية إلا أنها تتميز في الدول المتخلفة بالاستمرارية، أنظر في ذلك: صفوت عبد السلام عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.ط 1998/1999 ص 303.

[4] مالك بن نبي- المسلم في عالم الاقتصاد-دار الشروق.ص19. و كذلك: بول يران، أين لاكوست، الاقتصاد السياسي المتخلف، دار الطليعة، بيروت ص 61-62.

النامية قد عملت على وضع آليات وشروط الغرض منها الحد من آثار عدم التجانس وليس الحد من الاستثمار في ذاته كما يضن البعض، مشترطة على الاستثمارات الأجنبية استعمال نسبة معينة من اليد العاملة المحلية وتكنولوجيا تتماشى ومستوى التطور الاقتصادي والاجتماعي،وبوجه عام لا تقبل سوى الاستثمارات التي تساهم في تطوير الاقتصاد الوطني للبلد المضيف وهو ما اشترطه دولة المكسيك على الاستثمارات الأجنبية الوافدة إليها،أما الدول المصدرة للمواد الأولية وبالخصوص الدول النفطية فتشترط ضرورة الاشتراك في الإنتاج والتسويق ومراقبة الأسعار إلى جانب إعادة استثمار جزء من الأرباح، و واقصد من الشروط التي تضعها بعض الدول المضيفة حيال الاستثمار الأجنبي ليس المراد منها عرقلته كما يبدو في ظاهرها،إنما البحث عن سبل الملاءمة و الفعالية والمحافظة على استمرار يته لأنه كلما زاد الانسجام بين الاستثمار الأجنبي وبين القطاعات الاقتصادية للدولة المضيفة كلما زاد الارتباط بينهما اكثر وتم التغلب على ظاهرة عدم التجانس ،خاصة وان التجربة التي تمت في أمريكا اللاتينية قد أكدت بأن الاستثمارات الأمريكية كان لها انعكاس سلبي على اقتصاديات تلك الدول، على العكـــس من ذلك استطاع الاقتصاد الكندي أن يحقـــق نموا معتبرا رغم اعتماده على نفس المصدر أي على الاستثمارات الأمريكية ولا يوجد تفسير لذلك سوى الاختلاف البنيوي[1]

إن استعانة الدول النامية بالاستثمارات الأجنبية في تمويل تنميتها الاقتصادية غالبا ما يكون مصحوبا بالآثار الاقتصادية و السياسية السلبية، لكنه و تحت ضغط ندرة رأس المال و الخبرة الفنية تضطر الدول النامية إلى الاستعانة به و لو كان ذلك بقيود[2]، حفاظا منها على تحقيق نوع من التوازن

---

[1] لم تـــؤد الاستثمارات الأمريكية إلى تأهيل اليد العاملة المحلية لدول أمريكا اللاتينية لاعتمادها على الإطارات التقنية الأمريكية.كما أن التجهـــيزات المســـتخدمة مســـتوردة وان الإنتاج أيضا لا يتم تسويقه داخل السوق المحلية بل يتم تصديره مما يؤدي إلى خروج الأربـــاح.لذا فإن هذا الوضع غالبا ما يولد شعورا لدى عامة الناس بأن الشركات الأجنبية تحتل مكانة المسيطر في الدول النامية بينما لا يشعر مواطنو الدول المتقدمة بذلك الإحساس رغم أن وضع بعض الدول المتقدمة لا يختلف كثيرا عن وضع الدول النامية من حيث ســـيطرة الشركات الأجنبية على اقتصادها. فالاقتصاد الكندي مثلا يكاد أن يكون أمريكيا في مجمله ففي عام 1960 بلغت نسبة الاســـتثمارات الأمريكية في الصناعات التحويلية الكندية أزيد من43./.وفي الصناعات الاستخراجيـــة 75./.أما صناعة السيارات فتكاد تكون أجنبية بنسبة مائة بالمائة وفي فرنسا فإن 60./.من رؤوس الأموال المستثمرة في صناعة البترول والجرارات ملك لشركات أجنبـــية بل وحتى الولايات المتحدة الأمريكية لم تنجو من هذه الظاهرة ففي عام1975 بلغت نسبة مساهمة الاستثمار الأجنبي في الإنـــتاج الوطني الخام الأمريكي حوالي25./.، انظر في ذلك:جورج الراسي. الاشتراكية والشركات المتعددة الجنسية . المرجـــع السابق. ص154 – 156 .

[2] عـــلي حسين ملحم:دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، رسالة دكتوراه كليـــة الحقوق جامعة القاهرة . ص 6.

بين رغبتها في جذب رؤوس الأموال الأجنبية و ما يصاحبها من خيرات، وبين سيطرتها على عناصر الإنتاج الوطنية لاقتصادها، من خلال النص في قوانينها على ضرورة إشراك القطاع العام والخاص الوطني في رأسمال المشروع الأجنبي.

المطلب الثـــانـــــي

الاستثمار الأجنبي كضرورة اقتصـــــادية وسياسية.

لقد أوضحنا فيما سبق كيف أن الاستثمارات الأجنبية أضحت حتمية تاريخية واستراتيجية في مجال التمويل الدولي وفي هذا المطلب سنحاول إبراز الحتمية الاقتصادية والاجتماعية للاستثمارات الأجنبية الخاصة من خلال ضعف الموارد المالية للدول النامية وعدم قدرتها على مواجهة الاحتياجات الاقتصادية والاجتماعية .

الفـــرع الأول

التمركز الرأسمالي

يرجع الباحثون فكرة تمركز رؤوس الأموال إلى اندماج الرأسمالية المصرفية بالرأسمالية الصناعية وذلك عبر مرحلتين أساسيتين:

الأولى وقعت خلال النصف الأول من القرن التاسع عشر أين كانت الرأسمالية في أوج تطورها،فكانت شركات المساهمة تمثل الأداة المفضلة لتجميع رؤوس الأموال الخاصة و تميزت بتصدير السلع الإنتاجية دون راس المال[1].

أما المرحلة الثانية فتتمثل في دخول النظام الرأسمالي مرحلة الاحتكار في بداية القرن العشرين وزيادة تعاظم درجة تمركز رؤوس الأموال مما ولد فائضا كبيرا من الأموال داخل الدول الرأسمالية و لم يعد استثمارها داخل تلك الدول مربحا.مما جعل أصحاب رؤوس الأموال أمام أخيار ين هما:

- توظيف أموالهم في شكل قروض مصرفية مقابل فائدة ثابتة.
- استثمار أموالهم في شكل استثمار مباشر،أي في شكل نشاط إنتاجي يتم خارج حدود الدولة الأم؟

---

[1] عبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي في مجال التنمية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 88.

وقد اتبعت معظم الشركات الاحتكارية الاختيار الثاني مكيفة نفسها حسب التطورات الجديدة وتحولت من مرحلة الاحتكار الرأسمالي الوطني إلى الاحتكار الرأسمالي الدولي،ومن ابرز سمات النظام الجديد تعاظم ظاهرة التدويل وتمركزها في جميع المجالات حيث شملت الأنشطة الإنتاجية والمالية والتكنولوجيا والتسويق.

وقد أضحى توزيع النشاط الإنتاجي للشركات الاحتكارية الدولية مرتبطا بالتوسع المالي فانتشرت البنوك التجارية في مناطق عديدة من العالم وبذلك تحققت مرحلة التمركز المصرفي والصناعي[1] وتجسيدا لذلك يقول كريستيان بالوي: « أنـــه بجانب التزود بالمعلومات الضرورية فإن أعمال المصارف الأمريكية قد خدمت المؤسسات المتعددة الجنسيات عن طريق استخدام المصادر الجديدة من رأس المال »[2] .

إن المرحلة الجديدة لتدويل النشاط الاقتصادي والمالي زادت من تدهور أوضاع البلدان النامية من جراء تمركز رؤوس الأموال وقوى الإنتاج في قبضة مجموعة من الاحتكارات العالمية لا تبالي بمصالح الدول النامية المضيفة لها بعد أن تخطت الحدود الوطنية لمعظمها مع تحكمها في التمويل الدولي الذي لم يعد مجرد قرار سياسي يحتكره الحكام،بل اصبح قرار اقتصادي ومالي يتحكم فيه مسيرو ومحتكرو الأسواق الدولية.[3]

وفي وصفه لمراكز القوى المالية والصناعية يقول:ستيفان هايمز(أنه من الواضح أن المؤسسات الكبيرة ترقى بطريقة واعية نحو أفق دولي و أنها هي رأس رمح الاقتصاد الدولي الجديد)[4].

---

[1] رمزي زكي (نحو فهم أفضل للسياسات التصحيحية لصندوق النقد الدولي)، مقال في مجلة دراسات عربية ع/7و8 لشهري ماي. جوان 1989، دار الطباعة بيروت، ص 89.

[2] رمزي زكي.(نحو فهم افضل للسياسات التصحيحية لصندوق النقد الدولي).المرجع السابق ص 90.

[3] لقد أدى انتشار البنوك التجارية إلى تعبئة الفوائض المالية مما زاد في تعاظم الأرباح حيث بلغ ما حققته سبع بنوك تجارية في الولايات المـــتحدة الأمريكية من خلال فروعها المتواجدة بالخارج عاد1981 ما يزيد على نحو55./. من مجمل أرباح تلك البنوك.وأن حجم الأموال المستثمرة في الدول النامية خلال الفترة الممتدة بين 1970 و 1980 قدر بـــ 62بليون دولار بينما بلغت عائداتها خلال نفس الفترة 139 بليون دولار.انظر في ذلك/ رمزي زكي.المرجع السابق ص91.

كما بلغت قيمة الناتج الإجمالي عام 1988 حوالي 15500 مليار دولار أسهمت فيه الدول الصناعية المتقدمة بحوالي 12650 مليار دولار، بـــنما بلغ إجمالي نصيب الدول النامية من الناتج الإجمالي العالمي نحو 2850 مليار دولار، أنظر في ذلك: صفوت عبد السلام عوض الله المرجع السابق . ص 287.

[4] رمزي زكي، مقال: نحو فهم أفضل للسياسات التصحيحية لصندوق النقد الدولي، المرجع السابق، ص 93.

إن الوصف الذي أعطاه هايمز يظهر لنا بوضوح مدى تمركز رؤوس الأموال في يد مجموعة شركات احتكارية تابعة للدول الرأسمالية،بينما تعاني باقي دول العالم من حرمان وتبعية مالية واقتصادية لدول المجموعة الأولى.

الفـــرع الثـــاني

ارتفـــاع تكلفـــة الاستثمـــار

تشير الدراسات الاقتصادية إلى أن تكلفة استثمار ثلاث دولارات في الدول المتقدمة تستوجب إنفاق دولارين ونصف كمصروفات أساسية على الهياكل القاعدية [1]فكيف يكون الأمر بالنسبة للدول النامية التي تفتقر للطرقات والموانئ والمواصلات والسكك الحديدية وشبكات الري ووسائل الاتصال، وجميع هذه الأمور كما نعلم تتطلب رؤوس أموال ضخمة، فضلا عن أن مردودها لا يظهر إلا بعد مدة طويلة وبطريقة غير مباشـــــرة مما يعني أن عدم كفاية مرافق البنية القاعدية الضرورية لانطلاق المشروعات الإنتاجية ذات الطابع الصناعي تتطلب من الدولة النامية المزيد من الموارد المالية الخارجية سواء كان ذلك في شكل استثمار أجنبي مباشر أوفي شكل استثمار عام.

بـــيد أن انعدام المهارات البشرية والخبرة الفنية والتكنولوجية يقلل من مردو دية الاستثمار و يقلص من إمكانية الاستيعاب بالنسبة لبغض الدول التي لا تشكو من ندرة رؤوس الأموال،مما يعني أن هناك علاقة مباشرة بين الاستثمار النقدي ورأس المال البشري وتأخر أحد العنصرين يؤدي إلى إضعاف العنصر الآخر وهو ما تعاني منه معظم دول العالم الثالث ، لذلك نجدها تهتم كثيرا بقضايا التعليم والتكوين والصحة والثقافة وقد يصل حجم الاستثمار المخصص لهذه القطاعات إلى ما يزيد عن50 %من مجمل حجم الاستثمار المخصص للتنمية مع العلم أن إنتاجية هذا النوع من الاستثمار لا تظهر إلا بعد فترة طويلـــة[2].

كما أن ارتفاع حجم الاستثمار يزداد كلما اتجهت الدول النامية إلى تبني استراتيجية التصنيـــع وهو أمر لا يتماشى مع القدرات الذاتية لهذه الدول باعتبار أن معدلات الادخار فيها لا تزيد في أحسن الظروف عن10 %من إجمالي الدخل القومي وهذه المعدلات تنقص بكثير عن المستوى

---

[1] أنظر في ذلك براجينا ،و آخرون. مشكلات التصنيع في البلدان النامية. ترجمـــة دار التقدم موسكو.ط1974 ص395.

[2] الســـيد عبد المولى: المعاملة التفضيلية الضريبية للاستثمارات الأجنبية المقررة في قوانين الاستثمارات البلاد العربية) مقال منشور في كـــتاب بعـــنوان دراسات حول ضمان الاستثمار في قوانين البلاد العربية.معهد البحوث والدراسات العربية.جامعة الدول العربية ص 370.

المطلوب لتمويل الحد الأدنى لعملية التنمية ومواجهة النمو الديموغرافي،لذلك إذا أرادت الدول النامية مواجهة تحدي النمو السكاني و احتياجات التنمية الاقتصادية، يجب عليها أن ترفع من معدل الادخار فيها بما لا يقل عن20 % من إجمالي الدخل القومي لمجرد مواجهة الفرق بين معدل النمو الديموغرافي ومعدل الحد الأدنى من الادخار اللازم لضمان عملية استمرار التنمية مما يدفعها إلى البحث عن مصادر تمويل أجنبية كحتمية اقتصادية وضرورة اجتماعية[1] .

إن الإحصائيات المقدمة من طرف البنك الدولي عام 1981 تبرز بوضوح عدم التوازن بين وتيرة النمو الاقتصـــــادي ووتيرة النمو الاجتماعي،حيث بلغ معدل النمو المشترك لمعظم الدول النامية غير النفطيـــة نسبة 2,5% في الوقت ذاته وصل معدل النمو السكاني3,5 % ولما كان معدل النمو السكاني أعلى من معدل النمو الاقتصادي فانه لابد من زيادة في حجم الاستثمار لمجرد المحافظة على مستوى دخـــل الفرد من الانهيار.[2]

إن التباين الملاحظ بين مستوى معدل النمو السكاني و معدل النمو الاقتصادي يظهر لنا بوضوح خطورة الوضع الاقتصادي والاجتماعي الذي تعيشه الدول النامية،مما قد يؤدي إلى تلاشي جهود التنمية الرامية إلى تحسين مستوى معيشة شعوب هذه الدول وتحقيق رفاهية الأفراد بها[3]. ذلك أن مشكل الدول النامية لا يقتصر على مجرد توفير عناصر الإنتاج ،إنما يتضمن أيضا إشباع الحاجات الاجتماعية الأساسية،كالصحة والسكن والتعليم وتوفير مناصب الشغل للتخفيف من حدة البطالة التي تهدد كيان هذه الدول وقد جاء في الدراسات التي قام بها مكتب العمل الدولي في جنوب شرق آسيا،أن نسبة البطالة في الدول المتخلفة تفوق 20%، أما البطالة المقنعة فتراوح بين 30% الى50% وهي نسبة مذهلة[4] في حين أن نسبة البطالة في الدول المتقدمة لا تتعدى حدود 6%.

[1] عــــلي لطفــــي – التنمية الاقتصادية.مكتبة عين شمس .ط 1977ص14.أنظر في ذلك أيضا: تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، عام 1966 ص 36 .

[2] الإنســـان و البيـــئة، كتاب صادر عن المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم بالتعاون مع برنامج الأمم المتحدة لشؤون البيئة عام 1978 .ص154.

[3] صفوت عبد السلام عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، المرجع السابق. ص 327-328.

[4] أبو النجار ، الدول المتقدمة والدول النامية مقال. مجلة العربي .العدد 154 عام 1971 الكويت ص84.
Bulletin mensuel de statistique Volume N°11 Novembre 1978 ST ESA Stat Serle -Q-71- P36

إن العوامل الاقتصادية والاجتماعية التي ذكرناها تجعل اقتصاديات الدول النامية تدور في حلقة مفرغة[1]،ولا بديل للخروج من هذه الحلقة المفرغة سوى الالتجاء إلى مصادر التمويل الأجنبية وفي مقدمة ذلك الاستثمارات الأجنبية الخاصة لما توفره من مناصب جديدة للعمل وتطوير لليد العاملة المحلية الشيء الذي يسمح برفع مستوى إنتاجية العمالة وتحسين أساليب الإنتاج والتنظيم[2].

كما أن إدارة المشاريع الاقتصادية في الدول النامية تعمل ضمن إدارة مركزية شديدة تتميز ببيروقراطية متعفنة وبعدم الكفاءة مما يزيد في إضعاف فعالية المشروعات لاقتصادية و إعطاء بيانات غير صحيحة عن فرص الاستثمار و تكاليفه[3].

الفـــرع الثـــالث

عدم فعالية التجارة الخارجية كبديل للاستثمار الأجنبي

تعتبر التجارة الدولية موردا هاما للعملات الأجنبية نظرا لما تدره من أموال نقدية كعائدات لما تصدره الدول من سلع و منتجات،وكما يقول في ذلك: توماس مان أحد رواد المدرسة التجارية (أن الطريقة العادية لزيادة ثروتنا تتمثل في التجارة الخارجية حيث يتعين علينا أن نبيع للأجانب اكثر مما نشتري منهم في القيمة)[4].وقد يعني ذلك أن التجارة الدولية قديما وحديثا،تمثل مصدرا من مصادر التمويل الخارجي، وقد وجدت هذه الفكرة رواجا لها لدى دول العالم الثالث منذ أن نشر الأمين العام لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية عام 1964 تقريرا بعنوان(نحو سياسة تجارية جديدة للتنمية)[5].

غير أن تحقيق هذه الغاية يتوقف على مدى قدرة الدول النامية في الحفاظ على توازن ميزانها التجاري وتحقيق الفائض في الإنتاج وهذا الأمر مستبعد في الوقت الراهن مما يجعلنا نشك في فعالية التجارة الخارجية كوسيلة من وسائل التمويل بالنسبة لهذه الدول،لان الميزان التجاري لمعظمها في حالة

---

[1] يصـــف الأستاذ عبد السلام عوض الله فكرة الحلقة المفرغة بأنها سبب و نتيجة و فكرة حلقات التخلف المفرغة محورها أن الفقر لا يلد إلا فقرا، أنظر في ذلك: صفوت عبد السلام عوض، العلاقات الاقتصادية الدولية، المرجع السابق، ص 325.

[2] عبد الله عبد المجيد المالكي. استراتيجية تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الأردن.طبعة 1974 . ص31

[3] انظر في ذلك كتاب(الإنسان والبيئة) إصدار المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم بالتعاون مع برنامج الأمم لشؤون البيئة.المرجع الســـابق، ص 134. وكذلك: ورقة العمل المقدمة من الأداة العامة للشؤون الاقتصادية جامعة الدول العربية. مجلة المصارف العربية. العدد 15 لشهر مارس من عام 1982.ص29.

[4] سعيد النجار تاريخ الفكر اقتصادي. دار النهضة العربية بيروت ط 1973 ص32

[5] انظر: تقرير المجلس الاقتصادي و الاجتماعي لعام 1967 الملحق رقم 3ا الأمم المتحدة ص 27

عجز دائم وهو وضع يتعارض مع ما جاء به أنصار مقولة" التجارة الدولية وسيلة من وسائل التنمية" وذلك لعدة مبررات نجزها فيما يلي:

- إن مستلزمات الإنتاج القاعدي من تجهيزات صناعية وعتاد وآلات لا يتم إنتاجه داخل الدول النامية بل يستورد وبتكاليف باهظة.

- إن التقسيم الدولي للعمل جعل الدول النامية تتخصص في تصدير مواد أولية محدودة بينما تصدر الدول المتقدمة مختلف السلع.

-تراجع عائدات الدول النامية من التجارة الدولية بعد أن كانت عائداتها في بداية الستينات تقدر بحوالي 21%من الدخل الإجمالي للتجارة الدولية أصبحت في منتصف السبعينات لا تتعدى حدود 18 % وانخفضت هذه النسبة في بداية الثمانينات وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عما إذا كان سبب التراجع عائد إلى انخفاض في نسبة مساهمة الدول النامية في الإنتاج الإجمالي العالمي أم انه راجع إلى عوامل أخرى؟

للإجابة عن هذا التساؤل نستعرض ما قاله الأستاذ ارثرلويس (انك لو جمعت كل صادرات إفريقيا واسيا وأمريكا اللاتينية لما بلغ مجموعها اكثر من 3.5% من مجموع الدخل القومي للبلدان الصناعية المتقدمة)[1] ويعني ذلك أن سبب انخفاض نصيب الدول النامية من عائد التجارة الدولية راجع إلى تراجع وانخفاض مستوى إنتاجها بسبب تراخي الطلب على المواد الأولية بدعوى أن الإنتاج الصناعي في الدول المتقدمة يرتكز على الصناعات الأقل استعمالا للمواد الأولية،و أن هناك مواد صناعية حلت محل بعض المواد الأولية .

والحقيقة أن ما قاله ارثرلويس لا يخرج عن كونه مجرد تبرير لمصالح الدول المتقدمة،لان انخفاض نصيب الدول النامية من عائدات التجارة الدولية يرجع أساسا إلى عدم التكافؤ في أسعار المواد الأولية المصدرة و أسعار السلع المستوردة وليس في تدني مستوى إنتاج المواد الأولية،وللتذكير نشير إلى أن انخفاض أسعار المنتجات المعدنية المصدرة من طرف الدول المتخلفة بنسبة 3 ,6% عام 1978، بينما ارتفعت أسعار السلع المصنعة المستورد من الدول المتقدمة بنسبة 14 %[2]، ليصبح الفارق بين أسعار

---

[1]جلال احمد أمين.مقال: هل تغيرت طبيعة العلاقات الاقتصادية بين البلدان المتقدمة والبلدان المتخلفة.مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد 2. يوليو1973 جامعة عين شمس.ص569.

[2]نذكر على سبيل المثال انخفاض أسعار المنتجات المعدنية عام 1978 المصدرة من طرف الدول المتخلفة بنسبة 3 ,6 بينما ارتفعت أسعار السلع المصنعة التي تستوردها هذه الدول بنسبة 14 % أنظر في ذلك صفوت عبد السلام عوض الله، العلاقات الاقتصادية

السلع المصدرة والمستوردة من طرف الدول المتقدمة والدول النامية يقدر بـــ .20.3% هذه الحقيقة أكدها بعض الاقتصاديين الغربيين أمثال الاقتصادي السويدي ستافان ليندر لندي الذي ارجع سبب التباين في المكاسب الناشئة عن التبادل الدولي بين الدول المتقدمة والدول النامية إلى عدم التكافؤ في المصالح والذي انتهى في تحليله إلى أن التبادل الدولي لا يشكل وسيلة فعالة نحو التقريب بين (الأغنياء و الفقراء) بقدر ما يشكل عاملا إضافيا لتعميق الهوة بينهما.[1]

إن التأثير السلبي للتبادل التجاري بين الدول المتخلفة و الدول المتقدمة لا يتمثل فقط في عدم التكافؤ بين أسعار السلع المصدرة و المستوردة، بل و يمتد أيضا إلى التضخم النقدي وعدم استقرار العملات الرئيسية للتعاملات الدولية وما ينجم عن ذلك من آثار سلبية،وخاصة الدولار الأمريكي باعتباره العملة الأساسية للمبادلات التجارية الدولية وقد اثر تقلب أسعار الدولار على الدول النامية والدول المتقدمـــــة مما دفع بقادة بعض الدول،كألمانيا واليابان إلى التصريح بضرورة تحميل الولايات المتحدة الأمريكية مسؤولية تدهور الاقتصاد العالمي ،كما ذهبت الدول الغربية إلى إنشاء نظام نقدي أوروبي للتخفيف من حدة الصدمات التي ا حدثها الدولار[2]

إن الاعتماد على التجارة الدولية لتحقيق التنمية في الدول النامية مجرد وهم ;كما أن الاعتماد على الإمكانيات الذاتية غير ممكن لضعف حجم الموارد المحلية مما يدفع بهذه الدول إلى الالتجاء إلى الاستثمارات الأجنبية المباشرة كاختيار لا بديل عنه، لان الاستثمارات العامة لا يمكن الحديث عنها بعد أن أصبحت مديونيتها تثقل كاهل اغلب الدول النامية لدرجة الإفلاس وإعلانها التوقف عن الدفع

الدولـــية، المـــرجع السابـــق، ص 343-344.و كذلك انظر: مذكرة الجزائر المقدمة للدورة الطارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة بعنوان(المواد الأساسية والبترول) ص553 .

[1]عزت عبد الحميد البرعي، مبادئ العلاقات الاقتصادية الدولية، مؤسسة الولاء للطبع و النشر. ط 1996. ص 78-79.

[2]عـــارف دلـــيلة.مقـــال القمة الصناعية الغربية من اجل ماذا وضد من ؟ المرجع السابق.ص 23. –حسن شرفو.مقال(ديون الدول الناميـــــة) مجلة دراسات عربية. العدد 6 أبريل 1985.ص 13 .

–روبيرت هيلر الاحتياطات الدولية والنقود والتضخم العالمي مجلة التنمية والتمويل . ملحق الأهرام الاقتصادي.ص13،6

–جـــورج رو ســـيل كي نكيد مقال التضخم والدين الخارجي للبلدان النامية مجلة التمويل والتنمية صندوق النقد الدولي.ديسمبر عام 1981ص45-47 .

مما جعل الدول المتقدمة تمتنع عن تقديم المزيد من القروض العامة،أما إذا قبلت بذلك فلن يكون إلا بشروط تصل إلى حد المساس بسيادة هذه الدول[1].

المبحـــث الثـــــانـــي

مفهوم الاستثمار الأجنبي و أشكاله

تمهيد :

من الصعوبة بمكان إعطاء مفهوم أو تعريف محدد لمعنى الاستثمار،لان ذلك يكون بمثابة الحكم المسبق على الشيء لان الاستثمار يختلف باختلاف الشكل الذي يظهر فيه،وباختلاف الغاية التي يسعى إليها أطرافه، فان كان الغرض منه مجرد استخدام لرؤوس الأموال مقابل فائدة ثابتة تعطى لصاحب راس المال نهاية كل سنة، هنا نكون بصدد توظيف لرؤوس الأموال placement لان ذلك يعني تشغيل الأموال بغرض تحقيق مصلحة مالية بحتة.[1]

بينما الاستثمار(investissement) كهدف أو كنشاط اقتصادي يختلف عن توظيف الأموال وهذه الصفة تكاد أن تكون محل إجماع في أدبيات الاقتصاد وفي بعض تشريعات وعقود الاستثمار،كما نلاحظ ذلك في نص المادة الثانية من الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار[2] التي تنص على أن المقصود من مفهوم الاستثمار في هذا التشريع" اقتناء أصول تندرج في إطار استحداث نشاطات جديدة،أو توسيع قدرات الإنتاج،أو إعادة التأهيل أو إعادة الهيكلة،والمساهمة النقدية أو العينية في رأسمال المؤسسة"ويفيد مدلول هذه العبارات ان الاستثمار له مدلول اقتصادي ، يقوم باستحداث وتوسيع وتأهيل النشاطات ولا يقتصر على مجرد المساهمة النقدية كتقديم قرض مما يؤكد الصفة الاقتصادية لهذا المدلول.

كما أكدت بعض عقود الاستثمار الصفة الاقتصادية والتنموية لمدلول الاستثمار مثلما ورد ذلك في العقد المبرم بين دولة الزائير وبعض الشركات الألمانية في20اكتوبر1978 حيث نصت المادة الرابعة

---

[1]لقد ارتفع إجمالي الدين الخارجي للدول النامية قياسا بناتجها الوطني الإجمالي مجتمعة من 23 % عام 1981 إلى 42 % عام 1987 و وصــلت هــذه النسبة في دول إفريقيا إلى 85 % و أنه ما يزيد في ارتفاع مديونية هذه الدول فوائد القروض التي تعقدها مع الدول المتقدمة.انظر في ذلك: خليل محمد خليل عطية .مقال :الاستثمارات الأجنبية المباشرة و التنمية، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر 1994. العدد 137، القاهرة ص 124-128.

[1]جيل برتان .الاستثمار الدولي.المرجع السابق ص10 .

[2]انظر في ذلك الأمر رقم01-03، المؤرخ في 20 أوت عام 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.المرجع السابق .

من العقد المذكور على أن"[3] هدف العقد هو إلزام الشركة بتنفيذ كل الإجراءات التي تساهم في تحسين البنية التحتية للدولة" وبذلك يتأكد لنا،بان ما ورد في النص التشريعي الجزائري وفي العقد الزائيري ينطبق مع المفهوم الذي يرى بان الاستثمار الأجنبي المباشر يساعد على النقل التكنولوجي والبناء الاقتصادي وتحسين الموارد المالية،وإنهاء العزلة ،وتحطيم العناصر الراكدة في المجتمع،وتطوير المهارات الفنية المحلية [1]

وتحقيقا لهذه الغاية يتخذ الاستثمار المباشر،شكلا غير الشكل الذي يتخذه الاستثمار غير المباشر، لان غايتهما مختلفة،ولكي لا يكون فيه،إقصاء لأي مفهوم من المفهومين السابقين،ولأي شكل من أشكال الاستثمار التي تندرج تحتهما .

يمكن تعريف الاستثمار على انه: استخدام مالي أو عيني لموارد أجنبية يملكها شخص أجنبي بقصد إنشاء أو تطوير نشاط تجاري أو صناعي معين.وبهذا المفهوم للاستثمار ومن خلال هذا المعنى يمكن إعطاء تعريف يتماشى مع نوع وطبيعة الاستثمار بحسب الإطار الذي يتخذه.

والجدير بالملاحظة أن الدراسات الاقتصادية قد استقرت على تقسيم الاستثمار الأجنبي إلى استثمار مباشر واستثمار غير مباشر[2] .

وينطوي هذا التقسيم على الصور والأشكال المختلفة للاستثمار ،وعليه سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

-المطلب الأول: الاستثمار المباشر

- المطلب الثاني: الاستثمار غير المباشر.

---

[3]قادري عبد العزيز.مقال:دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية"عقد الدولة".مجلة إدارة.المجلد7 -العدد1-1997 .المدرسة الوطنية للإدارة.مركز التوثيق والبحوث الإدارية.الجزائر ص34.

[1] عبد الله عبد المجيد المالكي .استراتيجية تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الأردن.المرجع السابق ص31

-فؤاد مرسي.هذا الانفتاح الاقتصادي.دار الثقافة الجديدة.القاهرة. ط. مارس 1976 ص87.

[2] عبد السلام أبو منحف. السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.مؤسسة شباب الجامعة.الإسكندرية ط1989 ص19.

-عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق .ص15.

المطلـــب الأول

مفهوم الاستثمار المباشر و أشكاله

تقوم فكرة التمييز بين الاستثمار المباشر وغير المباشر على مدى قدرة المستثمر في السيطرة و الرقابة على المشروع ،ذلك انه في ظل أسلوب الاستثمار المباشر يكون للمستثمر الحق في اتخاذ القرار. أما في نطاق الاستثمار غير المباشر فان دور المستثمر يقتصر على مجرد تقديم رأس المال إلى المشروع دون أن يكون له حق السيطرة عليه[1]،و الاختيار بين الأسلوبين يعود بالدرجة الأولى إلى التقدم الاقتصادي والاجتماعي والى طبيعة النظام السياسي للدولة المضيفة،وقد يكون المستثمر الأجنبي مضطرا لقبول أسلوب الاستثمار المباشر او الأسلوب غير المباشر حسب ما ترتضيه الدولة المضيفة،مما يعني أن فكرة التمييز بين الأسلوبين لا تكمن في مقاصد الاستثمار، بقد رما تكمن في طبيعة استعماله ولوان اللجوء إليه في جميع الأحوال ضرورة لابد منها.[2]

الفـــرع الأول

مفهوم الاستثمار المباشر

يقصد بالاستثمار المباشر،ذلك المشروع الاستثماري الذي يمتلكه الطرف الأجنبي كليا أو جزئيا شخصا طبيعيا أو معنويا ويمارس فيه نشـــــاطا سواء كان صناعيا أو تجاريا يحتفظ لنفسه فيه بحق السيطرة و الإدارة و اتخاذ القرار[3] .

حسب هذا المفهوم،فأن الاستثمار المباشر،هو ما يقوم به المستثمر الأجنبي من استخدام للأموال، سواء تم ذلك تحت إشرافه مباشرة أو نيابة عنه، شريطة أن يحتفظ المستثمر لنفسه بحق السيطرة و الإدارة و اتخاذ القرار.

ويمثل هذا الأسلوب الصورة المفضلة لدى أغلب المستثمرين لأنهم يجدون فيـــه فرصة اختيـــار المشروعات الأكثر ربحا،فلا يهمهم إن كان استثمارهم يساهم في عملية تنمية البلد المضيف، مادام الربح مضمونا وفي هذا المعنى يقول:كارل ماركس« إن القوة الأساسية الدافعة لـــتروح رأس المال

---

[1]أنظر: علي حسين ملحم ، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق. ص 5.

[2]عبد السلام أبو متحف.السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية المرجع السابق ص15.

[3]حكمـــت شريف النشاشيبي : استثمار الأرصدة وتطور الأسواق المالية العربية. المؤسسة العربية للدراسات والنشر الطبعة الأولى سنة 198 ص53.

-عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي. المرجع السابق ص98.

تعود إلى مقياس الربح وليس إلى انعدام فرص الاستثمار[1]». ذلك أن انتقال رؤوس الأموال يتم أساسا من الدول ذات الإنتاجية الحدية المنخفضة إلى الدول ذات الحدية الإنتاجية المرتفعة الأمر الذي يجعل المستثمر الأجنبي يستفيد من عائد الاستثمار المرتفع،فالغاية الأساسية هي تحقيق أكبر ربح ممكن وهذه الرغبة لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها جشاعة أو شر بل يجب النظر إليها كدافع للاستثمار ولما يتحمله المستثمر من مخاطر يتعرض لها في الدولة المضيفة بوصفه كأجنبي ،وعلى الدولة المضيفة أن توازي بين الأسلوب الاستثماري الذي يضمن مصالحها ويحقق أهدافها التنموية[2].

إن أسلوب الاستثمار المباشر و إن كان مصدر ثراء ونهب للثروات كما يقول البعض فهو يمثل أيضا مصدر تمويل هام لاقتصاد العديد من الدول المضيفة على اعتبار انه قيمة مضافة لراس المال الوطني. كما أنه يساهم في خلق مناصب عمل جديدة ،كما يمثل عاملا أساسيا من عوامل الإنتاج خاصـــة وأن عوامل الإنتاج المحلية غالبا ما تكون ضعيفة وغير فاعلة ويقول في ذلك الأستاذ/لويس ترنز،أن تنميـــة العالم الثالث من خلال نمط الاستثمار الخاص يمثل أنجع الطرق و أكثرها فعالية مستشهدا في ذلك بالأرجنتين وبعض دول أمريكا الوسطى، التي تتمتع بمستوى أعلى بكثير مما تتمتع بقية دول العالـــم الثالث الأخرى، نتيجـــة تواجـــد الاستثمارات الأجنبية الخاصة .ومرد ذلك عنده أن الاستثمارات المباشرة غالبا ما تتخذ شكل مشروعات إنتاجية تقوم على إمكانيات مالية وإدارية وتقنية لا تتوفر عليها المشروعات المحلية عامة كانت أم خاصة، لأن الاستثمارات الأجنبية لها القدرة على جلب الخبرة من مختلف مناطق العالم مما يساعدها على إقامة مشاريع متجانسة وفعالة تتفادى الأخطاء التي غالبا ما تقع فيها المشروعات المحلية بسبب نقص خبرتها علاوة على ذلك فإن الاستثمار الأجنبي يساعد على فتح أسواق أمام الدول المضيفـــة[3].

والحقيقة أن أهمية الاستثمار الأجنبي المباشر تتأرجح بين مؤيد له و معارض .

[1]تشـــير الإحصـــائيات إلى أنـــه في الفـــترة الممتدة بين 1978 و1980 دخل إلى الدول النامية حوالي 6 ملايير دولار في شكل استثمارات مباشرة و بالمقابل تحصلت الدول المتقدمة في شكل أرباح و فوائد على ما يقارب 13 مليار دولار منها، أنظر: خليل محمد خلـــيل عطـــية، المرجع السابق، ص 248- وجيه شندي مقال: الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دراسات حول ضمانات الاســـتثمار معهـــد الـــبحوث و الدراسات العربية، ط 1978، ص 451- و بيار جالي: مكانة العالم الثالث في الاقتصاد العالمي، م/السابق ص 161.

[2]علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق ص6.

[3]حمـــدي القبسي: تعليق حول كتاب لويس ترنز (الشركات ذات الجنسيات المتعددة و العالم الثالث) مجلة النفط و التنمية والتعاون العربي، ع1.ط1976 منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول، ص 23.

فبينما يرى مؤيدوه، أنه يمثل إضافة حقيقية لإمكانيات التنمية للدولة المضيفة،بسبب ما يقدمه من رؤوس أموال أجنبية، وخبرات فنية و مهارات إدارية و تنظيمية،ومن إمكانية الدخول إلى الأسواق الخارجية ...الخ.

فإن المعارضين له يرون فيه انه مجرد وسيلة من وسائل الاستعمار الجديد وأنه يؤدي إلى تشوهات هيكلية في البنية الاقتصادية للدول المستقبلة له،كما يزيد من تبعية هذه الأخيرة للدول الصناعية المتقدمة[1].

و ونظرا لتباين المواقف حول أهمية أسلوب الاستثمار المباشر،لجأت بعض تشريعات الاستثمار في الدول النامية إلى النص صراحة على الشكل القانوني الذي يجب على الاستثمار الأجنبي أن يتخذه وكذا القطاعات والمناطق التي يعمل بها وكيفية مساهمته في الاقتصاد الوطني،وهنا تبرز مدى أهمية الحرية الاقتصادية الممنوحة للمشروعات الاستثمارية في إدارة النشاط الاقتصادي والإنتاجي والتسويقي والمالي، بعد أن أصبح هناك شبه تطابق كلي في طبيعة الامتيازات ،والحوافز والتسهيلات الممنوحة للمستثمرين من قبل تشريعات الاستثمار في العديد من الدول النامية مما جعل هذه الدول تبدي نوعا من المرونة تجاه الاستثمار الأجنبي بعدان أدركت أن الدول المتطورة تمثل طرفا منافسا لها في استقطاب وجلب الاستثمار[2] ومع ذلك يبقى تخوف بعض الدول النامية من هيمنـــة الاستثمار الأجنبي المباشر وسيطرة الشركات الأجنبية على اقتصادها قائما، الأمر الذي دفعها الى تبني فكرة التميز بين أسلوب الاستثمار المباشر الفردي وأسلوب الاستثمار المباشر المشترك.

الفـــرع الثـــاني

نمط الاستثمار المباشر الأحادي

يتخذ أسلوب الاستثمار المباشر صورتان هما،صورة المشروعات الفردية وصورة المشروعات الاحتكارية.

صورة المشروعات الفردية:

هذه الصورة يتولى فيها المستثمرون عمليات الاستثمار بأنفسهم ولحسابهم،دون التقيد بأية شروط تمليها عليهم الدولة المضيفة،على أساس أن المستثمر هو من يمتلك عناصر المشروع،ملكية

---

[1] حنين محمد خليل عطية: الاستثمارات الأجنبية المباشرة و التنمية ،المرجع السابق، ص125.

[2] حكمـــت شريف النشاشيبي: استثمار الأرصدة و تطور الأسواق المالية العربية) المرجع السابق، ص83 و كذلك عبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي ، المرجع السابق، ص 98.

كاملة غير منقوصة،مما يقتضي منحه حرية كاملة لممارسة نشاطه دون التقيد بالسياسات التنموية للدولة المضيفة لان الاستثمار حسب هذا النمط يقتضي ترك المجال مفتوح أمام المستثمر ولهذا الأخير وحده الحق في اختيار القطاع الذي يراه مناسبا،لأنه الأدرى بمصالحه،ويعرف هذا الأسلوب،عند البعض،بالتلقائية وقد عبر عنه الأستاذ/لويس تريز بأسلوب التنمية التلقائي،وأنه بإمكان الدول النامية أن تحقق من خلاله نموها الاقتصادي كما فعلت كل من بريطانيا وأمريكا وأوروبا عند بداية نهضتها وأن تاريخ العلاقات الاقتصادية القديم والحديث يشهد على تجارب عدة لدول اعتمدته في بناء اقتصادها وانه لم يكن من الممكن للولايات المتحدة وكندا واستراليا أن تحقق نموها الاقتصادي لولا تدفق رؤوس الأموال إليها في شكل استثمارات مباشرة.[1]

كما أن تجارب بعض الدول الحديثة أكدت على صحة و نجاعة هذا النمط حيث تمكنت دول من شرق آسيا وأمريكا اللاتينية من تحقيق تنمية اقتصادية معتبرة تفوق بكثير مستوى العديد من الدول النامية التي لم تعتمد على هذا النمط وهو ما يؤكد أن فكرة التخوف من نمط الاستثمار المباشر الأحادي الشكل لا تستند إلى أي أساس علمي فلو كان الأمر كذلك فكيف يفسر إقدام العديد من بلدان العالم الثالث بفتح مجالها الاقتصادي للمستثمرين الأجانب والسماح لهم و للشركات الأجنبية بالتملك الكامل للمشروعات الأجنبية الموجودة على أراضيها[2].

ب)نمط الشركات المتعددة الجنسيات:

تعد الشركات متعددة الجنسيات أكثر الأشكال التي يتخذها الاستثمار المباشر وأخطرها في نفس الوقت،و تكفي الإشارة هنا إلى أن 90 % من التجارة الدولية بأيدي ثلاثمائة شركة متعددة الجنسيات[3] .

كما أنها تحتكر معظم التكنولوجيا العالية و تعتبر أهم القنوات لنقل التكنولوجيا إلى الدول النامية سواء عن طريق عقود بيع التراخيص وبراءات الاختراع أو عـــن طريق الاستثمار المباشر[4] وبذلك يمكن وصف الشركات المتعددة الجنسية على أنها الشركات التي تقوم باستثمار يتجاوز نشاطها دولتين

---

[1] انظر في ذلك: A. A. Fatouros Government Guarantees To Foreign Op Cit. P 15

[2] أحمد القبيسي ، تعليق على الشركات ذات الجنسيات المتعددة والعالم الثالث ، المرجع السابق.ص 83-85 .

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان: عقود التنمية الاقتصادية، مكتبة النصر-جامعة القاهرة- طبعة 1991 .

[4] سليمان رشيد سليمان، العلم و التكنولوجيا و التنمية الاقتصادية، دار الطليعة، بيروت، ط 1986، ص 117.

و أكثر، ولا يقتصر مجال نشاطها على نشاط معين بل يكون نشاطها شاملا لكل قطاعات النشاط الاقتصادي سواء كان تجاريا أو إنتاجيا و لها عدة فروع تعمل في دول مختلفة وفق سياسة مالية و تجارية عامة مطبقة على مجموع فروعها ، وتسيطر على مواقع هامة من قطاعات الاقتصاد الوطني، لدرجة يصعب معها القول بوجود قطاعات اقتصادية دولية تخرج من نطاق نشاط هذه الشركات[1]وثير هذا الشكل من أشكال الاستثمار عدة مسائل تتعلق بتحديد مفهوم الشركة المتعددة الجنسية هل يقصد بها ذلك المشروع الذي يعمل في دول مختلفة الجنسية، أم يقصد به المشروع الذي تكون له أكثر من جنسية أي أن إدارته و ملكية أمواله تعود لأكثر من شخص و من جنسيات مختلفة، أم هو المشروع العابر للدول من خلال قاعدة النشاط الاقتصادي التي تتجاوز حدود أكثر من دولتين و في الواقع فإن هذه المصطلحات و المفاهيم تعكس خلفيات المشروعات المتعددة الجنسية.

فالدول الصناعية و منظمة التعاون الاقتصادي الأوروبي تفضل استعمال تعبير المشروعات متعددة الجنسيات ذلك أن هذه التسمية توحي إلى أن المشروع متعدد الجنسية يقوم باستثمار مباشر في الخارج و يقوم بأعمال تعاون اقتصادي بعيد عن الاعتبارات السياسية، خلافا لعبارة المشروع العابر للدول الذي يوحي بفكرة السيطرة و الاستغلال و التدخل، و هي الصفة التي لا ترغب الدول المتقدمة أن تظهر بها شركاتها، نظرا للمخاوف التي تبديها البلدان النامية ،خاصة بعد أحداث الشيلي عام 1972[2] وما تركته من تأثير سلبي، مما دفع بجهات عديدة إلى المناداة بضرورة وضع قواعد سلوك لتنظيم و رقابة أنشطة الشركات المتعددة الجنسية[3] وقد ارتكزت دول العالم الثالث في معالجتها لهذه المسالة على ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدولة لأن هذا الميثاق يقر لها بحقها في مراقبة نشاط المشروعات المتعددة الجنسية .

---

[1]عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية، المرجع السابق ص 50. إسماعيل العربي، العلاقات الدولية، الناشر: المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط 1990 ص 105.

[2]عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية، المرجع السابق ص 51-55.

علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق،ص17..

[3]من بين الجهات التي اهتمت بإنشاء مدونة سلوك للشركات المتعددة الجنسية الإعلان الذي أصدرته منظمة العمل الدولية في 1977/11/16، قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة (35/63) في 1980/12/5، اللجنة التي أنشأها المجلس الاقتصادي 1974 عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية، المرجع السابق ص 50 - 51.

أما نظرة الدول المتقدمة الغربية فترتكز على إنشاء مناخ مناسب للتعاون الاقتصادي يساهم بطريقة فعالة في تنمية الدول المضيفة و في تشجيع الاستثمار وفق قواعد القانون الدولي التقليدي القائم على مبدأ حماية الملكية الأجنبية.

إن مشروع تقنين مدونة السلوك المعد من قبل اللجنة المنبثقة عن المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة المتعلق بالشركات المتعددة الجنسية جاء متباينا في أحكامه و في طبيعة قواعده بسبب تباين موقف الدول المتقدمة الرأسمالية من جهة والدول النامية و الاشتراكية من جهة ثانية،ذلك أن الدول النامية ترغب في إضفاء الصفة الإلزامية على أحكام هذا التقنين و التزام الدول بتطبيقه داخل نطاقها الإقليمي،بينما تريد الدول المتقدمة أن تجعل منه مجرد أداة إرشاد و توجيه يرجع في تطبيقها إلى أحكام القانون الدولي[1]وهنا يظهر لنا بوضوح مدى التباين بين موقف الطرفين ولم يقتصر الأمر فيه على الطبيعة القانونية لأحكام مشروع التقنين بل امتد التباين ليشمل مضمونه أيضا، كما يظهر ذلك من خلال تأكيد المشروع على احترام القوانين والنظم و الإجراءات الإدارية، و التزام الحياد السياسي و عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول المضيفة و العمل على تطبيق و احترام التشريعات المحلية و الامتثال للقضاء الوطني، و حق الدولة المضيفة في تنظيم المشروعات المتعددة الجنسية الموجودة على إقليمها و تحديد الدور الذي يجب أن تقوم به في مجال التنمية الاقتصادية و الاجتماعية والاعتراف لها بحقها في التفاوض بشأن بعض العقود المبرمة بينها و بين هذه الشركات في ظل غياب شروط تعاقدية محددة، إلى غير ذلك من الحقوق و الالتزامات المنبثقة عن مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعة الذي أصرت الدول النامية على إعادة التأكيد عليه في مشروع تقنين هذه الشركات.

بينما ترفض الدول المتقدمة الشروط التي تقدمت بها الدول النامية حول مشروع تقنين سلوك الشركات المتعددة الجنسية مؤكدة بأن استمرارية مزاولة شركاتها لنشاطها الاقتصادي بالدول المضيفة لها مرهونة باستبعاد الشروط المتمسك بها من قبل الدول النامية.

و نظرا للأهمية الاقتصادية و التكنولوجية لهذه الشركات وتأثيرها على الاقتصاد العالمي وهيمنتها على الأسواق المالية الدولية فانه بات من المستبعد الاستغناء عنها رغم المخاوف التي تثيرها ، و لن تجد الدول النامية بديلا للاستثمار الأجنبي المباشر سوى في نمط المشروعات المشتركة حتى ولو كان ذلك مع الشركات المتعددة الجنسيات.

---

[1]عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية، المرجع السابق ص 52-53.

الفـــرع الثـــالث

نمط المشروعات المشتركة

إن فكـــرة المشروعات المشتركة تبدو وكأنها حديثة ،إلا أننا إذا تعمقنا في جذورها نجد بان نشأتها تعود إلى أزيد من قرن ،مثلما جاء ذلك في العقد المبرم بين الحكومة الإيرانية وشركة ارسي عام 1901 حيث جاء في العقد المذكور أن الحكومة الإيرانية تحوز على حصـــة من اسهم الشركة المستثمرة بعد مضي شهر من تأسيسها[1] مما يعني تبني العقد لأسلوب نظام المشاركة.

وقد ساعد انتشار أسلوب المشروعات المشتركة ظهور فكرة الشركات الوطنية في الدول النامية، كما أن موجة التأميمات التي حدثت خلال مرحلة الخمسينات وبداية الستينات أدت إلى تقويض نمط الامتياز الذي اصبح يثير حساسيات كبيرة لدى معم الدول النامية لأنه لايعقل أن تبقى حكومات هذه الدول غائبة عن كل مراقبة للوجود الأجنبي على أقاليمها ولثرواتها الطبيعية وتركها عرضة للنهب والاستغلال دون ادنى مراقبة[2] .

لذلك فان العديد من الدول الناميـــــة تفضل اتباع أسلوب المشروعات المشتركة بل وترى فيه الأسلوب الأمثل لاستغلال ثرواتها،[3] لأن هذا النوع من الاستثمار يحقق لها نوعا من التوازن بين جلب رؤوس الأموال و بقاء سيطرتها على عناصر الإنتاج من خلال مشاركة رأس المال الوطني في المراقبة الفعلية للمشروع، بحيث لا يستطيع الشريك الأجنبي الانفراد وحده في اتخاذ قراراته ،وتسييره لإدارة المشروع،لأن الاشتراك في ملكية رأسمال الشركة يخول للشريك الوطني حق الاشتراك في الإدارة و الاطلاع على كافة القرارات مما ا يضمن للدولة المضيفة عدم اتخاذ الشريك الأجنبي

---

[1] احمد القشيـــري(مقال) الاستقرار والتطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الآخذة في التصنيع. مجلة النفط والتنمية والتعاون العربي.ع1 عام1976 ص71.

– احمد عبد الحميد عشوش.النظام القانوني للاتفاقيات البترولية.رسالة دكتوراه.جامعة القاهر ص307

[2] علي حسين ملحم، دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق،ص 9 ، 10

[3] الاتفـــاق المبرم في29 يوليو1965 بين الحكومة الجزائرية والحكومة الفرنسية الذي تم بموجبه إنشاء شركتين تعملان برؤوس أموال عامـــة في مجـــال الـــتعدين عـــلى أساس مبدأ المشاركة و لم توقف الحكومة الجزائرية عند حد الشركات الفرنسية بل سعت إلى إقناع الشـــركات الأمريكية فعدل عقد الامتياز الممنوح لشركة جيتي في 19أكتوبر1968 انظر في ذلك احمدعبدالحميد عشوش المرجـــع الســـابق ص309.

لقرارات سرية تضر بمصالحها لاقتصادية كذلك عدم قيام دولة الشريك الأجنبي باتخاذها الشركة كمركز للتجسس أو لأي عمل أخر غير العمل المعلن عليه.

إن أسلوب الاستثمار المشترك القائم على مشاركة رأ س المال الأجنبي و الوطني،يمكن الدولة المضيفة من ممارسة رقابتها الكاملة على الاستثمار الأجنبي الخاص و لو أن هذه الرقابة لا تتماشى بطبيعة الحال مع رغبة الشريك الأجنبي لأنه لا يرغب في التنازل عن أي جزء من رقابته للمشروع الاستثماري وعن سلطته في الإدارة المشتركة ،وان قبول المشروعات الأجنبية فكرة الاشتراك مع راس المال الوطني في مطلع الخمسينات جاء كضرورة و ليس كرغبة فيه،رغم التغير التدريجي في هذه النظرة حيث أصبح المستثمرون الأجانب يقبلون بهذا الشكل من أشكال الاستثمار لأنه يجنبهم مخاطر التأميم و المصادرة بحكم أن المستثمرين شركاء مساعدون في التنمية و ليسوا مجرد أجانب مما يؤدي إلى التخفيف من شعور العداء الذي يشعر به كل طرف تجاه الطرف الأخر .كما أن نظام المشاركة يتيح للشريك الأجنبي حق الاستفادة من المزايا والتسهيلات التي تمنح للمستثمرين الوطنيين دون الأجانب بخلاف لو كان الأمر يتعلق بمستثمر أجنبي يقوم بالاستثمار لوحده.

إن المشروعات الاستثمارية المشتركة أضحت حقيقة قائمة في تعاملات الدول النامية وفي تشريعاتها[1]حتى وان كانت لا تمثل دائما الحل المناسب والبديل لأسلوب الاستثمار المباشر الأحادي وبالأخص إذا كان المشروع الاستثماري يتطلب أموالا ضخمة وتقنيات متطورة جدا لا يقدر الشريك الوطني على توفيرها مما قد يؤدي إلى تضييع فرصة الاستثمار فيما لو أصرت الدولة المضيفة على الاشتراك في المشـــروع أو في حالة إحجام الشريك الأجنبي عن الدخول في الشراكة،ومع ذلك فان أسلوب المشروعات الاستثمارية المشتركة يمثل الطابع المميز للتعاون الدولي في مجال استغلال قطاع الثروات الطبيعية عامة وفي قطاع المحروقات خاصة وقد أدى التوسع في تطبيق هذا الأسلوب إلى التباين في مفهومه ، مما يستوجب البحث في هذا المفهوم وفي طبيعة نظامه القانوني.

تعريف المشروع الاستثماري المشترك و تحديد طبيعته القانونية:

[1]انظـــر في ذلـــك نص المادة الأولى من الأمر رقم82-13 المتضمن قانون الشركات المختلطة الاقتصاد ج ر عدد 35 الصادر 31 أوت 1982 لـــلجمهورية الجزائـــرية ،وأيضا نص الفقرة 3 من المادة 2 من الأمر التشريعي المتعلق بتطوير الاستثمار المرجع السابق ،كمـــا نصـــت عـــلى ذلك المادة 4 من قانون استثمار رأس المال العربي والأجنبي رقم 744 المعدل بمقتضى القانون رقم 32 لسنة 1977 جمهورية مصر العربية .

قبل التطرق إلى تعريف المشروع الاستثماري المشترك،يجدر بنا التنويه إلى ضرورة التمييز بين مفهوم مشروع الاستثمار الدولي المشترك و مفهوم المشروع الدولي العام، لأن كلاهما يوصف بالدولية ،رغم أن صفة الدوليـــة في المشروعين تختلف، فالمشروع الدولي المشترك،تقوم فيه صفة الدولية على امتداد النشاط لأكثر من إقليم دولة والى مساهمين ينتمون لجنسيات مختلفة.

أما المشروع الدولي العام فإنه يكتسب صفة الدولية من خلال الطابع القانوني للأعضاء المنشئين له كان تتفق دولتان أو اكثر على إنشاء مشروع استثماري مشترك بينها،هنا لا نكون بصدد مشروع دولي مشترك، إنما نكون بصدد مشروع دولي عام اشترك في تأسيسه أشخاص دوليون فصفة الدولية هنا ليست قائمة على امتداد النشاط خارج حدود الدولة أو لوجود مساهمين ينتمون لأكثر من دولة، إنما لكون الأعضاء المؤسسين للمشروع الدولي العام هم دول،لذا فان صفة الدولية نجدها تختلف في أساسها عن صفة الدولية في المشروعات المشتركة التي تقوم نتيجة اتفاق يبرم بين الدولة المضيفة أو مستثمر محلي أو أكثر من جهة و مستثمر أجنبي أو أكثر من جهة ثانية و في ضوء التباين القائم بين المشروعات المشتركة و المشروعات الدولية، جاء ت التعاريف مركزة على صفة الأطراف في المشروع الاستثماري المشترك الذي يكون أحد أطرافه دولة مضيفة أو مؤسسة عامة أو خاصة تابعة لها وبين شخص أجنبي اعتباري كان أم طبيعي لدولة أخرى وفي ذلك يقول: كلودي في تعريفه للمشروع المشترك بأنه"مشروع يمتلكه ويشارك فيه طرفان أو اكثر من دولتين مختلفتين بصفة دائمة ولا يقتصر على ملكية حصة في رأس المال فحسب بل يمتد إلى الإدارة وإلى عناصر المشروع الأخرى" بينما يعرف تريستار المشروعات المشتركة بأنها" مشروعات يكون أحد أطرافها شريكا أجنبيا، وفي الغالب شركة دولية تقوم بعمليات الإنتاج والتسويق وتمارس حقا كافيا في إدارة المشروع دون السيطرة الكاملة عليـــه".

كما يعرف من طرف البعض الآخر بأنه "مشروع يتم بين طرف أجنبي أو اكثر مع طرف وطني للقيام بإنتاج سلعة أو تنمية نشاط تجاري أو أي نشاط إنتاجي آخر،سواء كانت المشاركة برأس المال أو بالتكنولوجيا[1] .

ومن خلال التعاريف السابقة يتضح بأن المشروعات المشتركة تقوم على عناصر مشتركة يمكن إيجازها فيما يلي:

---

[1]علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية . المرجع السابق، ص8.

- إن المشروع الاستثماري المشترك هو علاقة قائمة بين طرفين أحدهما أجنبي والآخر وطني.

- أن يشارك كل طرف في ملكية رأسمال المشروع وأنه ليس بالضرورة أن تكون حصة أحد الأطراف نقدا بل يمكن تقديمها عينا كالخبرة والمعدات وبراءات الاختراع..الخ.

- أن ينصب المشروع على نشاط إنتاجي أو تجاري أو أي نشاط آخر.

-أن يشارك الأطراف في إدارة ورقابة المشروع المشترك،و هذا العنصر الأخير يعتبر عنصرا هاما في مجال التمييز بين الاستثمارات المشتركة المباشرة وغير المباشرة، ومن خلال ما تقدم يمكن تعريف المشروع الاستثماري المشترك بأنه كل مشروع صناعي أو تجاري يشترك في ملكية رأسماله طرف أجنبي وطرف وطني ،يكون لكل منهما الحق في الإدارة، بغض النظر عن نسبة المشاركة، حتى وإن كنا نسلم بأن الشريك الأجنبي يفضل الاشتراك مع القطاع الخاص المحلي.

غير أن عدم الاشتراك مع القطاع العام لا يعني أن هذا الأخير لا يقدم مزايا للمشروعات المشتركة وللشريك الأجنبي ،ذلك أن مشاركة القطاع العام إلى جانب الشريك الأجنبي يعد في حد ذاته تأييدا حكوميا من طرف الدولة المضيفة للمشروع، ناهيك عن التسهيلات والمزايا التي قد يحصل عليها المشروع المشترك، في مجال التخفيضات الجمركية و الإعفاءات الضريبية والالتجاء إلى التمويل من السوق المحليـــة..الخ.

ورغم ذلك يبقى الشريك الأجنبي ينتابه الخوف من الشراكة مع القطاع العام خوفا من التأثيرات السياسية عند تغير المسؤولين، ومن العراقيل البيروقراطية التي يتسبب فيها المسيرون بصفتهم كموظفين يبحثون عن الاستقرار و لا يبذلون أدنى مجهود لتحسين مردودية المشروع.[1]

غيران هذه المخاوف لم تمنع توسع نطاق أسلوب ا لاستثمار المشترك وتنوع أشكاله وهو ما يدفعنا إلى البحث والتعمق في طبيعة المشروعات المشتركة وما يتضمنه هذا الأسلوب من تداخل وغموض حول المشروعات الاقتصادية الدولية التي تنشأ فيما بين الحكومات بمقتضى اتفاق دولي وبأموال عمومية، والمشروعات التي تنشأ فيما بين الدول المضيفة أو هيئاتها العامة والشريك الأجنبي الخاص، حتى وان كانت هذه المشروعات تتخذ في غالب الأحيان شكل الشركات الوطنية بحكم

[1]- NationsUnie-départementdes affaires économiques et sociales . les investissements Etrangers dans les Pays en voie de développement - Paragraphe 53 Publication des Nations Unie New York 1968 P 19 .

امتلاك الشريك الوطني للأغلبية في رأس مالها، أو بحكم إخضاعها إلى القانون الوطني للدولة المضيفة[1]. وكذا المشروعات المشتركة التي تنشأ فيما بين الشريك الخاص الأجنبي والشريك الخاص الوطني و التي تتخذ شكل الشركات التجارية وتخضع لأحكام القانون الخاص[2].

و نظرا للاختلاف القائم بين طبيعة المشروعات الاقتصادية الحكومية ومشروعات نمط الاستثمار المشترك و تباين طبيعة الأطراف المكونة لها،فقد بات من الضروري البحث عن طبيعة العقد الذي يحكم علاقة الأطراف المتعاقدة و القانون الواجب تطبيقه من خلال التكييف القانوني للعقد، و في هذا الشأن نسجل تباين وجهات نظر الفقه، فالفقه الغربي يرى أن صفة الأطراف ليس لها تأثير في تحديد طبيعة العقد مستشهدا في ذلك بالاتفاقية الأوروبية للتحكيم المبرمة في جنيف 1961 و اتفاقية واشنطن لعام 1965 المتعلقة بإنشاء المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار حيث تقضي هذه الأخيرة بأن القانون الواجب تطبيقه على التراع هو القانون الذي يتفق عليه الأطراف دون أن يكون لصفة الدولة كشخص دولي تأثير على طبيعة القواعد التي تحكم العقد[3].

أن صفة الدولة كطرف عام لا يعطي لها حق الانفراد بتطبيق قانونها الداخلي،وانه إذا لم يتفق الطرفان على القانون الواجب التطبيق فيطبق قانون الدولة المضيفة وقواعد القانون الدولي التي تنطبق على التراع[4].

بينما تقول الدول المضيفة بغير ذلك وترى ضرورة إخضاع هذه العقود لقوانينها الداخلية بصفتها كسلطة عامة تتمتع بالسيادة مما يتيح لها تعديل التزاماتها التعاقدية من جانب واحد و في ذلك يقول الأستاذ فؤاد رياض "إن عدم خضوع الدولة لأي قانون آخر يعطي لها حصانة تشريعية عامة لكل عمل تقوم به"[5]وقد تقرر هذا الموقف أيضا في قضية ارامكو، بأن الدولة المضيفة تكون قد أخضعت

---

[1]احمد عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي. المرجع السابق ص 99

[2]تـــنص المـــادة 20 من القانون رقم 82 -13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد الصادر في 28 أوت عام 1982 بأنـــه"تؤســـس الشـــركة المختلطة الاقتصاد طبقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون التجارة في مجال الشركات بالأسهم" .المرجع السابق.

[3]مـــنى محمود مصطفى: الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية. القاهرة. ط1990 ص53- عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية،المرجع السابق،ص .63

[4]انظر في ذلك نص المادة 42 من اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى.

[5] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان، عقود التنمية الاقتصادية، المرجع السابق، ص 64-65

الالتزامات التي أبرمتها مع الشريك الأجنبي إلى قانونها الداخلي عند غياب الإشارة الصريحة للقانون الواجب التطبيق إلى حين ثبوت العكس[1].

غيران هناك من يرى بأن تطبيق القانون الداخلي للدولة المضيفة لا يكون مفيدا لها دوما لأن القوانين الداخية عادة ما تتضمن تنازلات تجعل من تلك القوانين مجرد وسيلة للتباهي وان تمسك الدول المضيفة بتطبيقها ينطلق من معيار شخصي يتمثل في حب الذات دون الأخذ بعين الاعتبار محتوى هذه القوانين كما يقول بذلك الأستاذ لاليف.[2]

والواقع أن مسالة إخضاع عقود الاستثمار إلى القانون الداخلي مسألة سياسية تهدف إلى إخضاع الاستثمارات الأجنبية إلى رقابة الدولة المضيفة لها وما يؤكد هذه الصفة وجود ما يقابل نقيض هذه الفكرة لدى الطرف الأخر الذي لا يثق في القوانين الداخلية للدولة المضيفة ويطالب بإخضاعها إلى قواعد القانون الدولي ،كما يذهب إلى ذلك الفقه المساند لمصالح الدول الرأسمالية وشركاتها.لذا يذهب اتجاه ثالث إلى القول إخضاع هذا النوع من العقود لنظام قانوني خاص يحكمه مبدأ المشاركة أو قانون العقد وفي هذا السياق يقول الأستاذ احمد القشيري "أن الأسلوب القانوني للمشروعات المشتركة لا ينتمي في مجمله لا إلى القانون الداخلي ولا إلى القانون الدولي التقليدي و أنه يصعب تكييف هذا النظام الجديد بأنه عام أو خاص".[3] و يجد أصحاب هذا الرأي أساس فكرتهم فيما يعرف بقانون عبر الدول،وهو عبارة عن نظام قانوني مستقل عن القانون الداخلي وعن القانون الدولي ويقوم على المبادئ العامة للقانون[4].

وقد انتقد هذا المفهوم على أساس انه غامض في طبيعته وغير محدود في مجال تطبيقه،كما أن تحديد مكوناته لا تقوم على أساس القانون الدولي و القانون الداخلي.

أما المشرع الجزائري فيظهر بأنه قد أخضع الشركات المختلطة الاقتصاد إلى مزيج من قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام أخذا بعين الاعتبار صفة الأطراف و طبيعتها المزدوجة حيث

---

[1] د.عبد العزيز قادري .دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية.المرجع السابق ص42و43

[2] د.عبد العزيز قادري.المرجع السابق ص44 .

[3] احمد القشيري مقال الاستقرار، التطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الأخذة في التصنيع ، المرجع السابق ص77

[4] لقد تناول التقرير الذي أعدته الأمانة العامة للأمم المتحدة تعريف القانون عبر الدولي أثناء إنشاء لجنة توحيد أحكام قانون التجارة الدولية بأنه"مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات التجارية التي ينظمها القانون الخاص والتي ترتبط بدول مختلفة".د.عبد العزيز قادري.المرجع السابق ص52

نصت المادة الثالثة على أن الشركة المختلطة الاقتصاد هي شركة بالأسهم تخضع للقانون التجاري الجزائري ولبروتوكول الاتفاق المبرم بين المؤسسة الاشتراكية والشريك الأجنبي.[1] ويعني ذلك أن المشرع الجزائري قد اخضع الشركة المختلطة الاقتصاد إلى أحكام وقواعد القانون الخاص،لكننا إذا رجعنا إلى نص المادة 18 من نفس القانون يتبين أن حكم الشركة المختلطة الاقتصاد كحكم المتصرف العمومي في مجال إبرام العقود والصفقات من حيث خضوعها للتنظيم الخاص بصفقات المتصرف العمومي مما يجعلها خاضعة لأحكام القانون العام.

هذه الصفة المزدوجة لا نجد لها تبريرا إلا لكون أن الشريك الوطني قد اعتبر كطرف عام في الشركة المختلطة الاقتصاد باعتبار أن صفة الشراكة مقتصرة على المؤسسات الاقتصادية التابعة للقطاع العام وهي المؤسسة الاشتراكية كما جاء ذلك في نص المادة الأولى"يحدد هذا القانون الإطار الذي يخول في نطاقه لمؤسسة أو عدة مؤسسات اشتراكية،إنشاء شركات مختلطة الاقتصاد مع مؤسسة أو عدة مؤسسات أجنبية"مما جعل المشرع يضفي عليها صفة الأشخاص العامة وقد استبعد النص من نطاق مفهوم شركات الاقتصاد المختلط،الشركات التي تنشأ بمقتضى معاهدة دولية لان هذا الصنف من الشركات ينطبق عليه وصف المشروعات الدولية التي تختلف في طبيعتها عن المشروعات المشتركة.

كما استبعد نص القانون المذكور آنفا من نطاق تطبيقه المشروعات التي يكون مقرها خارج التراب الجزائري وشركات قطاع المحروقات وكذلك الشركات التي تنشأ بين أجانب ووطنيين خواص ،وبذلك يكون المشرع الجزائري ميز بين الشركات المختلطة الاقتصاد والمشروعات الدولية،كما انه قد عمل بمبدأ الازدواج القانوني حينما اخضع شركة الاقتصاد المزدوج الى القانون التجاري والى قانون المتعامل العمومي مما يزيد من صعوبة تحديد طبيعة النظام القانوني المطبق على شركات المختلطة الاقتصاد[2] .

أما تشريع الاستثمار الجديد الوارد في الأمر رقم01-03 المتعلق بتطوير الاستثمار الصادر في شهر أوت عام2001 لم يحدد صراحة شكل ونمط المشروع الاستثماري الذي يجب أن يتم في إطاره الاستثمار الأجنبي تاركا حرية الاختيار للمستثمر في أن يتولى استثماره في شكل مشروعات منفردة أو المساهمة في مشروعات قائمة وهو ما يستشف من نص المادة الثانية من القانون المذكور أعلاه التي

---

[1] أن مفهـــوم بروتوكول الاتفاق كما جاءت به الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة هو وعد بالتعاقد وذلك حسب مقتضيات نص المادة 71 من القانون المدني.

[2] انظر في ذلك قانون 82-13 المتعلق بتأسيس شركات المختلطة الاقتصاد . المرجع السابق.

تنص على إحداث نشاطات جديدة أو التوسيع أو المساهمة في رأسمال مؤسسة نقدا أوعينا ، و هو ما يفيد أن المشرع سمح بالاستثمارات المشتركة دون أن يحدد لها إطارا معينا كما فعل في قانون الشركات المختلطة الاقتصاد،و أن اتباعه لهذا الأسلوب الجديد يتماشى و طبيعة النظام الليبرالي المنتهج القائم على تحرير النشاط الاقتصادي من قيود التسيير الإداري الموجه.

المطلب الثـــاني

الاستثمـــار غير المباشـــر و أشكاله

يتخذ الاستثمار غير المباشر أشكالا مختلفة إذ يصنف إلى استثمار عام واستثمار خاص حسب طبيعة مصدره وهدفه.كما يصنف الى استثمار عام حكومي و استثمار غير حكومي وقد اعتمدت عليه الدول كأسلوب من الأساليب المتبعة في الدول النامية بما في ذلك الجزائر،حيث تحصلت على قروض ومساهمات من أطراف عديدة عامة كانت ام خاصة.كما أن هذا الأسلوب يتماشى بشكل خاص مع النظام الاقتصادي ذو الصبغة الادارية القائم على تدخل الدولة في النشاط الاقتصادي.

الفـــرع الأول

الاستثمار الحكومي غير المباشر

يقصد بالاستثمار الحكومي غير المباشر مجموع الأموال الحكومية وغير الحكومية التي تقدمها الهيئات العامة وتتم في شكل قروض نقدية أو في شكل اكتتاب في الصكوك أو السندات مقابل فائدة ثابتة ولا يكون للطرف الأجنبي حق التملك في المشروع أو إدارته أو تنظيمـــه[1].

والاستثمار غير المباشر هو شكل من أشكال توظيف رؤوس الأموال عن طريق الاقتراض أو الاكتتاب في الصكوك والسندات ويختلف غرضه حسب طبيعة الأشخاص الممولة فقد يكون مصدر القرض دولة أجنبية أو منظمة دولية أو هيئة عامة أو خاصة تابعة لدولة أجنبية أو فرد. ويتخذ القروض الممنوحة للدولة المقترضة شكل عملة قابلة للتحويل توضع تحت تصرف الدولة المستفيدة لتتولى صرفة باقتناء ما تحتاج إليه من عتاد ومواد دون أن يفرض عليها مكان الشراء أو نطاق الإنفاق وقد يكون القرض مقيدا ،فيفرض عند ذلك على الدولة المقترضة إنفاق القرض في شراء مستلزمات من الدولة المقرضة أو أية جهة أخرى يحددها عقد الاقتراض[2].

---

[1] عبد السلام أبو متحف.السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص37 .

-عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق.ص 106.

[2] هشام خالد الحماية القانونية للاستثمارات العربية. .مؤسسة شباب الجامعة الاسكندرية.ط1988، ص 22.

كما يتخذ القرض غير المباشر صورة الاستثمار المباشر كتخصيص القرض لتنفيذ مشروع معين من كافة جوانبه،باعتبار أن الدولة المقرضة لا تسلم الأموال إلى الدولة المقترضة، إنما تتولى إنجـــاز المشروع بتمويل منها كما تزوده بخبرتها وتقنياتها دون أن يكون لها الحق في الرقابة والأشراف على المشروع مما يجعل هذا الأسلوب يشبه إلى حد كبير أسلوب الاستثمار المباشر،ورغم كا ذلك يبقي هذا الأسلوب ضمن نطاق الاستثمار غير المباشر .

وقد اتبعت هذه الصيغة في علاقات الـــدول الاشتراكية بالدول الناميـة و يتصف هذا النوع من الاقتراض بالطابع السياسي لارتباطه بالاعتبارات السياسية والاقتصادية ، من حيث أنه يقيد الدولة المقترضة ويفرض عليها نمطا صناعيا معينا خال من كل منافسة دولية خاصة فيما يتعلق بالجودة والملاءمـة والسعر حتى و إن كان يتضمن بعض المزايا التي ترضي الطرفين. فالدولة المقترضة تستفيد من قيمة القرض عينا مما يسمح لها بإنشاء مشاريع صناعية و بالمقابل فإن الدولة المقرضة تتلقى مقابل القرض في شكل مواد أولية تحصل عليها من الدولة المقترضة دون أن تلتزم هذه الأخيرة بدفع مقابل القرض نقدا وبعملة صعبة مقابل الخدمات المحصل عليها [1].

أما المساهمات الحكومية للدول الرأسمالية فتأخذ شكل تصدير تجهيزات وخدمات إلى الدول النامية تمولها الحكومات أو بعض الهيئات العامة فيها أو مؤسساتها الخاصة وقد ابتكرت هذه الطريقة كأسلوب لتنشيط العمليات الإنتاجية في الدول الغربية بغرض فتح أسواق أمام منتجاتها الصناعية .[2]

والجدير بالملاحظة أن الاقتراض الحكومي من الدول الغربية فيه كثير من التدخل في الشؤون الداخلية للدولة المقترضة،نظرا للشروط التي تضعها الدول المقرضة،حيث تشترط تقديم ملخص عن المشروع المطلوب تمويله، و تحديد طبيعة نشاطه ،و نوع السلع المنتجة،وأهمية المشروع من الناحية الاقتصاديةوحجم المشروع ومرد وديته والمواد المستعملة فيه وطبيعة المؤسسة التي تديره ...الخ[3] .

[1] مـــن ذلـــك مثلا التمويل الخاص بالاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد السوفييتي عام 1964،الخاص بإنجاز المركب الصناعي للحديد والصلب بالحجار.د.معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.المرجع السابق.ص122

[2] هشام خالد ، الحماية القانونية للاستثمارات العربية المرجع السابق ص 22.

[3] وقد اتبعت الجزائر هذا الأسلوب في علاقاتها مع بعض الدول الغربية كالعقد المبرم مع الشركة الدانمركية حول إنجاز مصنع الإسمنت بصـــور الغزلان، و العقد المبرم مع الولايات المتحدة لإنجاز مصنع حاسي مسعود لإنتاج الغاز وغيرها من العقود..انظر د.معاشو عمار. الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.المرجع السابق ص126.

و على العموم فإن اتفاقات القروض الحكومية تتضمن شروطا تتمثل أساسا في تحديد مدة القرض و نسبة الفائدة و كيفية تسديده و غيرها من الشروط التي تضفي على هذا النوع من القروض فكرة القرض الحكومي المقيد المتمثل في صيغة إنفاق القرض في مجالات معينة. و تبدو أهمية القروض الحكومية و مدى ملاءمتها لمصالح الدول النامية، محل خلاف وتعارض بين الدول مؤيد مما أدى إلى ظهور رأيين مختلفين هما:

-الرأي المؤيد يرى ضرورة تشجيع الدول النامية على الاقتراض الحكومي لتمويل مشروعاتها التنموية لأنه بدون ذلك لا تستطيع الدول النامية الحصول على مستلزمات الإنتاج التنموي و مؤهلات التطور العلمي و التكنولوجي.

-أما الرأي المعارض فيذهب إلى تحذير الدول النامية من فكرة الاعتماد على الاقتراض الحكومي لأن هذا النوع من القروض غالبا ما يتضمن شروطا مجحفة كما أن سدادها يشكل في معظم الأحيان عبئا على ميزانية الدولة من خلال المديونية التي تعاني منها معظم الدول النامية.

-الرأي الثالث و يتوسط الرأيين السابقين،ذلك أن القرض الحكومي بالنسبة لهذا الرأي ليس خيرا محضا و لا شرا محضا، إنما تتوقف أهميته بالدرجة الأولى على حاجة الدولة المستفيدة من القروض، وهي وحدها التي تستطيع الموازنة بين مصالحها في الحصول على ما تحتاج إليه من قروض لتنمية اقتصادها و تمسكها بالمحافظة على حريتها و استقلالها[1].

الفـــرع الثـــاني

القرض غير الحكومي

تعتبر القروض المقدمة من طرف الهيئات والأفراد استثمارا غير مباشر،و تساعد الدولة المقترضة على اقتناء ما تحتاج إليه من سلع ومعدات وتمويل مالي لبعض مشاريعها الاقتصادية،كما أنها تمثل وسيلة من وسائل تصدير السلـــع بالنسبة للمقرضين (قروض التصدير)، لذلك تحتل مكانة هامة في مجال القروض الخاصـــةغيرالحكومية نظرا لأهميتها المزدوجة فهي من جهة تساعد الدولة المقترضة على اقتناء ما تحتاج إليه من سلع وخدمات وهي في نفس الوقت أداة لدعم صادرات الجهة المقرضة،حتى وان كانت الشروط التي تؤدى بها غالبا ما تكون غير ملائمة سواء من حيث سعر

[1] محمد خالد عبد القادر الترجمان، النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية، المرجع السابق، ص 47-48.

أنظر في ذلك أيضا: إبراهيم شحاتة: الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مقال، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر 1968ص 790.

الفائدة أو مدة السداد فيها أو شروط الاستعمال ،و قد يشترط الطرف المقرض تخصيص القرض الممنوح للمقترض في إنفاقه على تغطية نفقات توريد سلع معينة أو تغطية خدمات لا تكون خاضعة لمبدأ المنافسة الدولية فيما يخص سعرها وجودها مادامت الدولة المستفيدة مقيدة في شرائها لتلك السلع من الجهة المقرضة دون أن تكون لها حرية الاختيار في الالتجاء إلى الأسواق العالمية ، وهذه الصورة ترتبط في الغالب بالقروض التجارية أو الاقتراض من اجل الشراء.

كما يتخذ الاقتراض غير الحكومي شكل الاكتتاب قي السندات والأسهم و التي تمثل أداة استثمارية هامة في تكوين حافظة مالية استثمارية،ويرجع البعض ظهورها في مجال التعامل الدولي إلى مطلع الستينات.[1]

لذا يمثل هذا الشكل من الاستثمار وسيلة من وسائل التمويل الخاص الأجنبي ويتم فيه طرح الأسهم والسندات في الأسواق المالية للدول الرأسمالية قصد الاكتتاب فيها مقابل فائدة ثابتة على أن تلتزم الدولة المصدرة للسندات بالوفاء عند حلول أجل استحقاقها .

غير أن نجاح هذه الوسيلة يبقى مرتبطا بمدى تمتع الدولة المصدرة للسندات و الأسهم بالثقة في الأسواق المالية الدولية ، وبالقيود القانونية التي يخضع لها إصدار السندات و الأسهم كالتصريح المسبق للدولة التي سيعرض السند في أسواقها ، وتحديد الحد الأقصى لقيمتها الى جانب القيود المالية المرتبطة بالوضع الاقتصادي للدولة المصدرة للسندات و الأسهم ووضعية ميزان مدفوعاتها ويعد القيد الأخيرمبررا كافيا لحرمان الدولة المضيفة من اتباعها لهذا الأسلوب باعتبار أن الميزان التجاري لمعظم الدول النامية في حالة عجز دائم مما لا يسمح لها باللجوء إلى مثل هذا الأسلوب فضلا عن المنافسة القوية التي تمثلها الدول المتقدمة في إصدارها وطرحها للسندات مما يؤدي إلي إغراق السوق المالية الدولية،الأمر الذي يدفع بالمستثمرين الأجانب إلى شراء سندات الدول المتقدمة لما تتمتع به من قابلية التداول و ما توفره من ائتمان لأن هذه السندات تخضع للتسجيل في لجنة الأوراق المالية الدولية في حين أن الدول النامية لا تتوفر على وجود أسواق منظمة للأوراق المالية مما يعيق حرية تداول السندات و الأسهم بل وحتى في حالة وجودها فإنها غالبا ما تكون محدودة الفاعلية الشيء الذي يولد عدم الثقة بها من قبل المستثمرين الأجانب خاصة وأن سوق السندات و الأسهم يتطلب التعامل مع عدد كبير من المستثمرين سواء كانوا أفرادا أو مؤسسات فإن كانوا أفرادا فيجهلون في الغالب القدرة المالية

[1] معاشو عمار. الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.المرجع السابق ص129.

والائتمانية للدول النامية مما يجعلهم يتحفظون على السندات التي تصدرها هذه الأخيرة ، و تجنبا لذلك يتعين على الدول النامية التعريف بمركزها المالي وربطه بالأسواق المالية الدولية خاصة و أن وسيلة الاكتتاب عن طريق الأسهم والسندات ما تزال بدائية وصعبة التحقيق بالنسبة لمعظمها لعدم القدرة على التحكم فيها لجهل المواطنين لها حتى على المستوى المحلي لعدم وجودها أصلا و تعودهم على التعامل النقدي فقط مما يولد لديهم عدم الثقة بها .

كما تتخذ الاستثمارات غير المباشرة في مجال التصنيع والإنتاج صورا غير الصور التي ذكرناها كتلك المتعلقة بعملية شراء التراخيص والعلامات التجارية و براءات الاختراع و التي تتم عن طريق إبرام عقد أو اتفاق بين الشركة الأجنبية المالكة لها والطرف الوطني الذي يستفيد من استغلالها [1].

وهذا الأسلوب يسمح للشركة الأجنبية بنقل إنتاجها من النطاق المحلي إلي النطاق الدولي دون أي إنفاق استثماري ودون أن تتعرض لقيود جمركية تفرضها الدولة المضيفة أو لقيود تفرض على الاستثمار الأجنبي في حالة وجود حضر مفروض على الأجانب بعدم السماح لهم بالاستثمار في صناعات معينة.

إن أسلوب الترخيص يمثل وسيلة من وسائل غزو الأسواق الجديدة دون تكلفة استثمارية و دون التعرض لمخاطر عدم الاستقرار السياسي،وقد تلجأ الدول المضيفة إلي هذا الأسلوب رغبة منها في الحصول على تكنولوجيات معينة قصد تنمية التكنولوجيا المحلية تجنبا خطر التبعية التكنولوجية الأجنبية المحضة مما يتيح لها ضمان استقلال صناعتها عن الوجود الأجنبي كون أن أسلوب الترخيص لا يعطى للطرف الأجنبي صاحب الامتياز أي تحكم قي ملكية وإدارة المشروع وهذا يسمح للدولة المضيفة بالمحافظة على استقلالها السياسي والاقتصادي ، غير أن هذا الأسلوب غالبا ما يكون باهظ التكاليف لعدم خضوع بيع وشراء براءات الاختراع والعلامات التجارية لقاعدة العرض والطلب الشيء الذي يجعل تحديد تكلفتها يتوقف على القدرة التفاوضية لطرفي الاستثمار ولطبيعة التكنولوجيا المستعملة، والأكثر من ذلك أن انعدام الكفاءات التقنية والإدارية للدول النامية يؤدي إلى سوء استغلال براءات الاختراع مما يزيد في تكلفتها مقابل ضعف في مرد وديتها،لذا فإن إتباع هذا الأسلوب يتطلب توافر حد أدنى من الكفاءات والقدرات الإنتاجية المحلية كونه يتوقف بدرجة كبيرة على ما تتمتع به الدولة المضيفة من تطور اقتصادي واجتماعي.

---

[1] Philipe khane rapport de la commission des investissements prives . p293ed 1967

كذلك قد يتخذ أسلوب الاستثمار غير المباشر نمط المفتاح في اليد باعتباره يؤدي إلى نقل وسائل الإنتاج دون النقل التكنولوجي رغم امتلاك الدولة المضيفة للمشروع وما يصاحب ذلك من الالتزام المورد بتقديمه المساعدة التقنية إلى غاية تسيير المشروع على أساس أن مسؤولية الالتزام بالمساعدة التقنية شرط من شروط نمط المفتاح في اليد وليس المقصود منها ضمان جودة العتاد وصلاحيته[1] .

و قد لقي هذا النوع من الاستثمار قبولا متزايدا من طرف الدول النامية خاصة ذات التوجه الاشتراكي نظرا لما يتميز به من استقلالية كون التواجد الأجنبي فيه ينتهي بمجرد تسليم المشروع للدولة المضيفة[2].

ومع ذلك تبقي الدولة المضيفة في تبعية للطرف الأجنبي إذا توقف هذا الأخير عن توريد قطع الغيار أو المواد الأولية اللازمة لتشغيل المشروع مما يجعله مهددا بالتوقف في أي لحظة سواء تعلق الأمر بمرحلة التسليم المؤقت للمشروع التي يكون فيها المورد ملتزما بضمان العتاد والعيوب التي قد تظهر في المشروع أو مرحلة التسليم النهائي للمشروع التي تأتي بعد التوقيع على محضر الاستلام من قبل المشتري والمورد واعترافهما بقيام كل منهما بتنفيذه لبنود العقد ووضع حد لمدة ضمان العتاد بحيث يصبح التسليم نهائي. لكن عدم امتلاك الدول النامية لتكنولوجيا بديلة يمكن إحلالها عند حدوث أي عطب أو خلل للمشروع الصناعي يجعل الدولة المتبنية لهذا الأسلوب دائما في تبعية مستمرة ولا تملك التخلص منها رغم استلامها للمشروع بصفة نهائية و ما يوحي ذلك من انقطاع لعلاقة التبعية[3].

الفرع الثالث

مزايا وعيوب الاستثمار الأجنبي

حسب النظرية الكلاسيكية فإن رأس المال يعتبر عنصرا من عناصر الإنتاج ومن ثم فهو مفيد للطرفين وأن انتقاله يتم بصورة آلية كما تقضى بذلك قاعدة العرض والطلب فتنتقل الأموال من الدولة التي تكون فيها الحدية الإنتاجية ضعيفة إلى الدولة التي تكون فيها الحدية الإنتاجية مرتفعة[4]

[1] معاشو عمار. الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية .المرجع السابق.ص218.

عبد السلام أبو متحف السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص 46.

[2] عبد السلام أبو متحف. السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية..المرجع السابق ص45.

[3] عبد السلام أبو متحف السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص 46.

[4] يقصـــد بالكفاية الحدية لرأس المال العائد المتوقع من رأس المال خلال فترة حياته و هذا العائد هو الذي يدفع انتقال رؤوس الأموال مـــن مـــنطقة إلى أخـــرى و من مشروع إلى آخر، أنظر:السيد عبد المولى.أصول الاقتصاد،دار الفكر الاقتصادي العربي.ط1977 ص .141

وتنطبق هذه الصورة على جميع الاستثمارات بغض النظر عن طبيعتها[1]. إلا أن الدراسات التي أجراها بعض الاقتصاديين في مطلع الخمسينيات أثبتت عدم صحة مقولة النظرية الكلاسيكية القائمة على فكرة أن الاستثمار الأجنبي مفيد لجميع الأطراف دون تميز بينها، ذلك أن الدراسة التي أجراها[2] (senger أكدت بـــأن الاستثمارات الأجنبية مفيدة للدول المصدرة في حين أن لها أثار سلبية على الدول النامية مما لفت انتباه العديد من الباحثين الى الاهتمام بدراسة موضوع مزايا وعيوب الاستثمارات الأجنبية،ولقد تطرق hinze senger إلى مزايا وعيوب الاستثمارات الأجنبية التي نوجزها فيما يلي:

- ان الاستثمارات الأجنبية لعبت دورا هاما في نقل المعرفة الفنية والتقنية وأساليب الإنتاج الحديثة، و أنها عملت على استخراج واستغلال ثروات كانت معطلة،مما ساعد على رفع مستوى تشغيل العمالة وتطويرها في الدول النامية .وبالمقابل فقد استفادت الدول المصدرة لرؤوس الأموال من تلبية حاجيتها من السلع والمواد الأولية.

- اما عن آثارها السلبية فيمكن حصرها في تخصص الدول النامية في إنتاج المواد الأولية مما يساعد على الاهتمام بتغطية حاجيات الدول المتقدمة دون الدول المتخلفة وهذه الوضعية تزيد في تبعية اقتصاد الدول النامية بالدول المتقدمة.

- الأرباح الخيالية التي تحققها الاستثمارات الأجنبية أدت إلى سيولة نقدية عكسية[3].

- عدم جدوى وفعالية التكنولوجيا المحولة عن طريق الاستثمارات باعتبارها لا تتماشى وطبيعة الظروف الاقتصادية والاجتماعية للدول النامية لأنها غالبا ما تكون قائمة على شبه الجمع بين عناصر الإنتاج في الدول المتقدمة دون الدول النامية مما يجعلها تتميز بالاستعمال المكثف لرأس المال مع التقليل من الاستخدام لليد العاملة كما أنها تبقي دائما على ملكية الدول المتقدمة للمشروعات ولا تراعى

[1]هذا ما يفسر وجهة نظر دعاة أسلوب التنمية الآلية التي اعتبرها لويس ترنز مفيدة للدول النامية أنظر في ذلك حمدي القابسي، تعليق بعنوان الشركات المتعددة الجنسيات والعالم الثالث، المرجع السابق.ص 83.

[2]أنظر: وجيه سندي الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية المرجع السابق ص452.

[3]لقد بلغ مجموع الأرباح التي حولتها المشروعات الأجنبية خلال الفترة ما بين 1970و 1980، 7 ,139 بليون دولار فيما بلغت قيمة الأموال المستثمر خلال نفس الفترة 6 ,62 بليون دولار أنظر في ذلك رمزي زكي مقال (نحو فهم أفضل للسياسات التصحيحية لصندوق النقد الدولي، المرجع السابق ص85.

مستوى القطاعات الاقتصادية للدول النامية وهو ما يؤدي إلى خلق قطاعات غير متوازية تتمثل في وجود قطاع متطور في مجال الصناعات الإستخراجية في حين تكاد تنعدم الصناعات التحويلية[1].

من خلال ما تقدم يتضح ،بأن الدراسات التي تناولت موضوع مزايا وعيوب الاستثمارات الأجنبية لم تميز بين طبيعة الاستثمار بوصفه مال ،وبين الأسلوب الذي يتم من خلاله استغلال هذا المال مما يقودنا إلى التساؤل عما إذا كانت العيوب والمزايا المذكورة آنفا صفة ملازمة للاستثمار، أم أنها صفة ملازمـــة لنمط وشكل الاستثمار؟

ويبدلنا ان هناك خلط بين مفهوم الاستثمار كثروة وكعنصر من عناصر الإنتاج، وبين الأسلوب المتبع في استعمال هذا المال و في توظيفه ولعل ما يؤيد وجهة النظر هذه ،ما ذهبت إليه بعض الدراسات في تناولها لموضوع الاستثمارات الأجنبية من خــــلال تمييزها بين الأشكال والأنماط الاقتصاديـــــة والقانونية المختلفة التي يوظف من خلالها الاستثمار الأجنبي،كما رأينا ذلك فيما سبق وانه من خلال التمييز الذي أثرناه بين الأشكال المختلفة يتضح بان المزايا والعيوب هي صفة ملازمة لطبيعة شكل ونمط الاستثمار و إلا ما الفائدة من تناول الباحثين لموضوع أنماط وأشكال الاستثمارات الأجنبية والمزايا والعيوب المترتبة عن ذلك،الأمر الذي يدفعنا الى القول أن موضوع مزايا وعيوب الاستثمار تحدد من منطلق الشكل القانوني والاقتصادي الذي يتبع في المشروعات الاستثمارية[2].

أن أسلوب المشروعات الاستثمارية الفردية المباشرة يتميز بتوفير رؤوس الأموال اللازمة لقيام المشروع مما يوفر على الدولة المضيفة مسألة البحث عن مصادر تمويل باعتبار أن المستثمر يتكفل بكافة عناصر المشروع إذ يتولى شراء العتاد والتجهيزات بنفسه من الدولة المضيفة أن وجدت أو عن طريق جلبها من الخارج وبتمويل منه وبذلك يساهم في تطوير النمو الاقتصادي و الاجتماعي للدولة المضيفة عن طريق النقل التكنولوجي وإشباع الحاجات الاجتماعية من خلال ما يوفره من سلع وبضائع و في ذات الوقت يعمل على تطوير السوق المحلية وربطها بالأسواق الخارجية عن طريق ما

---

[1] لقـــد كشفت الدارسات التي قامت بها (إنكتاد) عام 1975 أن مساهمة دول العالم الثالث في مجال الصناعات التحويلية لا يتعدى حـــدود %3 .10 وأن الدول العربية لا يتعدى نصيبها %1 .8 من الإجمال المحلي بينما بلغ نصيب الصناعة الاستخراجية 48.8 % أنظـــر في ذلك: عبد العزيز وضبان مقال (العوامل المؤثر على إنتاجية العمل في القطعين العام والخاص في الوطن العربي ندوة الجزائر في 20 نوفمبر 1981 المعهد العربي للثقافة العمالية ص 4.

[2] أنظـــر في ذلك عبد الواحد محمد الفأر(أحكام التعاون الدولي) المرجع السابق ص87 وما بعدها.أنظر أيضا عبد السلام أبو متحف (السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية).المرجع السابق ص23.67.

يصدره من سلع، مما يؤدي إلى دعم ميزان المدفوعات أما على المستوي الاجتماعي فيؤدي إلى خلق مناصب جديدة في مجال تشغيل اليد العاملة وتطويرها وجعلها أكثر كفاءة مما يساعد على رفع المر دودية الإنتاجية.

أن أسلوب المشروعات الفردية المباشرة يساعد على توفير وتطوير الطاقة الاستيعابية للدولة المضيفة لقيامه على مبدأ استعمال واستغلال عناصر الإنتاج مما يسمح بتحويل الأموال إلى سلع والتوسع في إنتاج السلع يؤدي إلى خلق تراكم رأس المال، وتراكم رأس المال معناه الرفع في حجم مستوى الاستعمال وهو ما يسمح بالتوسع في مجال النشاط الاقتصادي وفي دائرة الاستيعاب ومن ثم لا مجال إلى القول بأن أسلوب الاستثمار المباشر لا يساعد على تطوير القدرات الإنتاجية بحكم أنه ينصب على الصناعات الاستخراجية أو أن التكنولوجيا التي يضفها لا تخدم الدول النامية لكونها لا تتلاءم مع طبيعة وظروف هذه الدول أو أنه لا يساعد على دعم الميزان التجاري باعتبار أن الاستثمار المباشر يأتي بالمعدات والتجهيزات ولا يـــأتي بأموال نقدية وأنه يحصل على أرباح عالية.

إن الفكرة القائلة بأن الاستثمارات المباشرة تعمل على تجسيد فكرة التخصص في إنتاج المواد الأولية و ربط اقتصاديات الدول النامية بالنظام الرأسمالي من خلال تكريس التقسيم الدولي للعمل إنما هي فكرة نسبيـــة حتى وان كانت تبدو كواقع إلا أنها لا يجب أن تعزى إلى الاستثمارات الأجنبية المباشرة بقدر ما تعزى إلى الظروف الدولية المحيطة بها وإلى واقع الدول النامية كوحدات اقتصادية واجتماعية متخلفة لأن هناك دول نامية تملك من الطاقات المالية ما يؤهلها إلى اللحاق بمصاف الدول المتقدمة ومع ذلك بقيت مصنفة في خانة الدول المتخلفة بل والأكثر من ذلك فإنها غير قادرة على استيعاب ما تمتلكه من أموال مما يدفعها إلى استثمارها خارج وطنها في شكل قروض وودائع[1] بينما هي في حاجة ماسة إلى الاستثمار الذي تنمي به اقتصادها. فالتبعية إذا لا تعود إلى الاستثمار بقدر ما تعود إلى واقع هذه البلدان وظروفها وأن أفضل وسيلة لمواجهة مخاطر التبعية السياسة والاقتصادية والتخلف لا يجب أن تكون عن طريق مقاطعة الاستثمار الأجنبي بل يجب أن تكون عن طريق النضال والتضامن من أجل تغيير الظروف الدولية المتسببة في هذه الأوضاع وعن طريق خلق قواعد سلوك دولية جديدة تأخذ بعين الاعتبار مصالح كافة الدول بغض النظر عن مركزها وهذا ما عبرت عنه رئيسة وزراء الهند بمناسبة انعقاد ندوة كانكون بالمكسيك في أكتوبر عام 1981 بين الدول

---

[1]) أنظر حكمت شريف النشاشيبي استثمارات الأرصدة العربية وتطور الأسواق المالية الدولية). المرجع السابق ص53.

الغربية وبعض الدول النامية بقولها(أنه على الولايات المتحدة أن تأخذ في الاعتبار في تفكيرها وفي عملها بوجهات نظر البلدان النامية)[1]

إن نمط المشروعات الفردية للاستثمارات الأجنبية المباشرة لا يجب أن ينظر إليه دائما وأبدا على أنه وسيلة سلبية بالنظر لما أظهره من عيوب في حالات ومواقع معينة[2]،بل يجب النظر إليه من زاوية الدول المستقبلة له وما تتمتع به هذه الأخيرة من إمكانية التوجيه والرقابة،[3]إذا يمكن الاستعانة به في قطاعات دون الأخرى حسب التوجه الاقتصادي والاجتماعي للدولة المضيفة واختيار النمط الاستثماري الأكثر ملائمة ،فبإمكان الدولة النامية الاستعانة بالاستثمارات الأجنبية المباشرة في قطاع الصناعات التحويلية أو قطاع السياحة أو في القطاعات التي تتطلب تكنولوجيا متطورة. بينما تتبع أسلـــوب المشروعات المشتركة في القطاعات التي تحظى بمنافسة دولية في جلب الاستثمارات الأجنبية كما هو الشأن في قطاعات التعدين والبترول وبعض المنتجات الزراعية،ومن خلال ذلك يمكن للدولة المضيفة أن تحقق تكاملا بين نمط المشروعات الاستثمارية الفردية ونمط المشروعات المشتركة لأن هذه الأخيرة ليست متاحة بالسهولة التي يضنها البعـــض[4].

فقد يحجم المستثمرون الأجانب عن الاستثمار فيما لو فرض عليهم نمط المشروع المشترك خاصة إذا كان النشاط المراد الاستثمار فيه غير تنافسي أو عدم وجود طرف وطني قوي من حيث قدرته المالية والتقنية والإدارية مما قد يجعل المشروع يتحول من مشروع اقتصادي قوي وفعال إلى مجرد وحدة شكلية لا تؤدي إلى تحقيق طموحات الدولة المضيفة في مجال التوظيف ونقل المعارف وإشباع بعض الحاجيات المحلية التي لا يمكن الاستغناء عنها.كما أن الشريك الأجنبي قد لا يبدي استعداده للاشتراك في المشروعات المشتركة إذا علم أن شريكه طرف حكومي وليس شخص خاص مما يجعله يحجم عن الاستثمار خشية من تأثير العوامل السياسية والاجتماعية كأن يفرض عليه تشغيل نسبة معينة من اليد العاملة تفوق متطلبات المشروع أو استعمال يد عاملة غير مؤهلة أو إ نتاج سلع وخدمات لا تلقى

---

[1]عارف دليلة القمة الصناعية الغربية من أجل ماذا ؟) المرجع السابق ص24.

[2]تشـــير بعض الدراسات الاقتصادية إلى إن الشركات الاحتكارية قد مارست نفوذ اقتصاديا وسياسيا على كبار رجال السياسة في بعـــض الدولة المضيفة لها ومن ذلك ما قامت به شركة الهوكيد الأمريكية وشركة الفواكه من رشاوى لكبار المسؤولين المحليين.أنظر في ذلك حميد القيسي(تعليق بعنوان الشركات المتعددة الجنسيات) المرجع السابق ص84.

[3]حكمت شريف النشاشيي استثمار الأرصدة وتطور الأسواق المالية العربية) المرجع السابق ص 74.76 .

[4] NationsUnie-départementdes. les investissements Etrangers dans les Pays en voie de développement. Op-p19.

رواجا في الأسواق الخارجية[1]....إلخ.لذلك فإن الشريك الأجنبي يفضل الاشتراك مع المشروعات الفردية و مع شركاء وأطراف خواص رغم المزايا التي قد تحققها له المشاركة مع الأطراف العامة ،كالحماية من المخاطر غير التجارية لأن مجرد مشاركة الطرف العمومي مع المشروع الأجنبي يعد ذلك بمثابة الموافقة الضمنية للمشروع المشترك من طرف الحكومة، أضف إلى ذلك إمكانية الدعم المالي الذي يحصل عليه المشروع المشترك عن طريق القروض المحلية و إمكانية التموين بالمواد الخام إلى جانب حصول المشروع على الإعفاءات الجمركية.[2]

أما عن عيوب ومزايا الاستثمارات غير المباشرة فيمكن القول بأنها تختلف باختلاف مصادر أطرافها،ذلك أن القروض التي تقدمها الدول وهيئاتها العامة غالبا ما تكون مرتبطة باعتبارات سياسية أما القروض التي تقدمها المؤسسات الخاصة ،فتكون مرتبطة بقيود اقتصادية وتجارية كما هو الشأن في قروض التصدير وائتمان الصادرات.كما تشترك القروض العامة والخاصة في كونها تعمل وفقا لأسعار فائدة مرتفعة، الأمر الذي يؤدي إلى ارتفاع خدمة ديونها،بل وقد يزداد الأمر خطورة حينما لا تستعمل هذه القروض للأغراض الإنمائية مما يزيد في مديونية الدول المضيفة لذلك فإن هذه القروض لا تمثل وسيلة مجدية في مجال الاستثمار لأنها تستعمل في معظم الأحيان في سد الحاجيات الاجتماعية والسياسية مما يزيد من حدة مديونية الدولة المقترضة إلى حالة المديونية القصوى لدرجة فقدانها لسيادتها وهذا ما يؤدي بالدولة الدائنة وبالمؤسسات المالية الدولية إلى التدخل في الشؤون الداخلية للدول المدينة وفرضها عليها نمط اقتصادي واجتماعي معين وهي الظاهرة التي تعاني منها العديد من الدول وفي مقدمتها الجزائر[3] وقد دلت التجربة على عدم جدوى هذا الأسلوب في مجال التنمية لأن المشاريع

---

[1] لقد اتبع هذا الأسلوب من طرف الجزائر كسياسة تعتمد على إحلال نمط إنتاج السلع المحلية محل الواردات الأجنبية بغرض إشباع الحاجيات الوطنية إلا أن هذا الأسلوب لا يستجيب لمتطلبات السوق الدولية لأن منتجات هذه الصناعات التي حلت محل الواردات يصعب تسويقها دوليا لأنها محدودة الجودة إلى جانب تكلفتها المرتفعة.انظر هشام خالد الحماية القانونية للاستثمارات العربية) المرجع السابق ص 18.

[2] عبد السلام أبو متحف السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق.ص 29-28 .

[3] تعرضت الجزائر إلى لضغوط صندوق النقد الدولي بسبب مديونيتها الخارجية مما اجبرها على قبول فكرة الجدولة وفق الشروط التي فرضها عليها صندوق النقد الدولي .

الصناعية التي استحدثت عن طريق الاقتراض(نمط المفتاح في اليد أو المنتوج) لم تنجح مما زاد في مديونية تلك الدول[1] .

المبحث الثالث

مفهوم الخطر السياسي وصوره

تمهيـــــد:

قد يبدو للوهلة الأولى أن العوامل الاقتصادية هي الدافع الأساسي لتدفق رؤوس الأموال الأجنبية لكن ذلك غير صحيح، فالعوامل الاقتصادية وإن كان لها دور في جلب و تحديد موقع الاستثمار،إلا أن ذلك لا يعني كل شيء بالنسبة للمستثمر لأن ما يهمه في المقام الأول هو المحافظة على اصل الاستثمار قبل الاهتمام والبحث عن الفوائد الممكن تحقيقها،لذا فإن عنصر الأمان يعتبر المحرك الأساسي لتنقل الاستثمار الأجنبي من موطنه الأصلي إلى الدول المضيفة له، لان عد استقرار المناخ الاستثماري المرتبط بالظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية في الدولة المضيفة قد يعصف بالمشروع الاستثماري بكاملـه[2]ويعرضه إلى مخاطر اصطلح على تسميتها بالمخاطر السياسية أو المخاطر الغير تجارية وهذا ما سنتناوله في هذا المبحث .

المطلب الأول

مفهـــوم الخطـــر

يرتبط مفهوم الخطر بالوجود القانوني للشخص سواء كان طبيعيا أو معنويا ،إلا أن مدلول الخطر قد يختلف من حالة إلى أخرى حسب طبيعته فيعتبر ظاهرة اجتماعية حينما يتعلق الأمر بالأشخاص الطبيعيين، و يعتبر ظاهرة اقتصادية حينما يتصل بالأشخاص المعنوية، وقد يعتبر ظاهرة سياسية حينما يتعلق بموقف الدولة إزاء الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب. من هنا تبدو لنا أهمية البحث في مدلول الخطر الذي سنتولى تقسيمه إلى فرعين.

---

[1] لقـــد ارتفعـــت ديون الدول النامية من 68,6بليون دولار عام 1970الى 1279 عام 1989.كما ارتفعت خدمة الديون من 9,3 عـــام 1970 إلى182.7 عـــام 1986 الأمـــر الـــذي يؤدي إلى استتراف مداخيل الدول النامية.مجدي محمود شهاب- الاتجاهات الدولية لمواجهة أزمة الديون الخارجية.ط 1998.دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.ص15.

[2] حكمة شريف النشاشبي: استثمار الأرصدة العربية و تطور الأسواق المالية العربية، المرجع السابق ، ص 112.

الفـــرع الأول

المفهوم الاجتماعي والاقتصادي للخطر

لم يتفق الباحثون على مفهوم موحد لظاهرة الخطر رغم أن الخطر ليس ظاهرة جديدة علي المجتمعات فقد ارتبطت في مفهومها بوجود الإنسان ،إلا أن مرد اختلاف الباحثين في تحديدهم لمفهوم هذه الظاهرة الاجتماعية يعود إلى اختلاف الزاوية التي بنظر منها كل باحث لهذه الظاهرة وإلى الهدف الذي يتوخاه من دراسته لها، فعلماء النفس مثلا ينظرون إلى الخطر من منظور العوامل النفسية وتأثيرها على الفرد،فهم ينظرون إليه على أنه إحساس داخلي يصاحب الإنسان ويلازمه أثناء القيام بتصرفاته وهم بذلك يعرفونه بأنه(ظاهرة أوحاله معنوية أو نفسية تلزم الفرد عند اتخاذه لقرار ما أثناء حياته اليومية وما يترتب عن ذلك من حالات الشك والخوف) [1].

إن هذا التعريف يفسر لنا ظاهرة الخطر من منظور الأشخاص الطبيعية ككيانات اجتماعية وما قد تتركه الظاهرة من تأثير على المجتمع، لذلك يفسر على انه ظاهرة اجتماعية تمس أفراد المجتمع ،لذلك لا يمكن لهذا التعريف أن يكون تعبيرا مقبولا لتفسير ظاهرة الخطر لدى الأشخاص الاعتبارية مما يخرج هذه الكيانات من دائرة نطاقه،مما دفعنا إلى البحث عن مفهوم للخطر من منظور اقتصادي محض،على أساس أن الأشخاص الاعتبارية كيانات ماديـــة لا تتأثر بالعوامل النفسية وليس لها أحاسيس أو مشاعر وإنمـــا تتأثـــر بالعوامل المادية الموضوعية لذلك يعرف الخطر بأنه(الاحتمال الموضوعي لاختلاف الناتج الفعلي عن الناتج المتوقع)[2].ويعني ذلك أن المنطلق الأساسي لهذا التعريف يتمثل في وجود عناصر موضوعية يفترض فيها أن تسمح بتحقيق نتيجة معينة كما يحتمل فيها أيضا أن تؤدي إلى احتمال قياس درجة الخطر بالنظر إلى المعطيات الموضوعية التي كانت بمثابة المنطلق لهذا القياس و هو بالتالي ينطبق على المخاطر التجارية لأن هذه الأخيرة تخضع لمبدأ القياس لأنه من شروط التأمين التجاري أن يكون أمر وقوع الخطر واردا و ليس مستحيلا،و أن يكون محتمل الوقوع مستقبلا لأن الخطر بطبيعته احتمالي،كما أن وقوعه في الماضي يجعله أمرا مؤكدا يوفر لهيئات التأمين التجارية إمكانية قياس درجة احتمال وقوعه و تقدير قيمة ما ينتج عنه من خسائر مالية للمؤمن له و هو الشرط الذي يبنى عليه قياس حساب الأقساط في التأمين التجاري.[3]

---

[1] سامي عفيفي حاتم. التأمين الدولي، دار المعارف اللبنانية، طبعة 1968 ص 24.

[2] سامي عفيفي حاتم. التأمين الدولي، المرجع السابق ، ص 26

[3] عبد العزيز فهمي هيكل: مقدمة في التأمين، دار النهضة العربية بيروت. ط 1980 .ص 11-13.

أما المخاطر السياسية فلا تخضع لمبدأ القياس لأن احتمال الخطر فيها و لو أنه وارد إلا أنه غير مؤكد أضف إلى ذلك صعوبة التأكد من الخسارة المحتملة، مما يجعل التعريف السابق لا ينطبق على المخاطر السياسية لأن حالة عدم التأكد من وقوع الخطر و عدم القدرة في تحديد قيمة الخسارة المحتملة يؤديان إلى اعتبار الخطر احتماليا و ليس مؤكدا، و إن الحدث الاحتمالي حتى و إن كان يمثل نوعا من الخسارة المادية و المالية إلا أن عدم التأكد من وقوعها وعدم التأكد من الخسارة المحتملة يجعل من هذين العنصرين أساسا لوصف هذا الخطر بالخطر السياسي.

الفرع الثـــاني

الخطر السياسي

هناك اختلاف كبير في تحديد مفهوم المخاطر السياسية من حيث محتواها ونطاق مضمونها لأنها تتغير بتغير الظروف الاقتصادية والسياسية للدول[1] .

فالبعض ينظر إلى المخاطر السياسية على أنها مجموعة من العوامل الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية و الإدارية التي تعترض المستثمر الأجنبي أثناء تواجده في الدول المضيفة[2].

أما البعض فيحاول تضييق مضمون نطاق المخاطر وحصرها في الخطر المرتبط بالسيادة بحيث يعتبر التصرف الضار بالمستثمر الأجنبي من المخاطر السياسية متى كان صادرا عن إرادة سلطة الدولة المضيفة[3] وبهذا المعنى يخرج من نطاق مفهومه الحروب والثورات والقلاقل المدنية لأنها حسب هذا الرأي لا تدخل في دائرة المخاطر السياسية مادامت ليست من أعمال السيادة ولا يمكن أن تسأل عنها حكومات الدول المضيفة لأن هذه الأخيرة لا يعقل أن ترغب في حدوث مثل هذه الاضطرابات في إقاليمها لأن حدوثها لا يمثل في الواقع سوى مظهر من مظاهر التخلف وأن السبب الرئيسي في ذلك يعود إلى الاستعمار لذلك من غير المنطق أن نحمل الدول النامية مسؤولية عدم الاستقرار السياسي الذي تعاني منه شعوب هذه الدول[4].

---

[1] عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، مطبعة العمرانية،الجيزة.مصر،ط1998 ص 13.

[2] إبراهيم شحاتة: المؤسسة العربية لضمان الاستثمار، الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية. ط 1994 ص 24 .

[3] سامي عفيفي حاتم. التأمين الدولي، المرجع السابق ص 220 .

[4] Hosni EL Gamel L'assurance des investissements Etrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux these pour le doctorat facult de droit- uni versite de paris P297

إن هذا التفسير حتى وأن كان منطقيا وحقيقة تاريخية إلا أن الدول المتقدمة ترفضه ولا تعترف بمسئوليتها تجاه ما يحدث في الدول النامية والحال كذلك بالنسبة لمستثمريها لأن هؤلاء لن يكون أقل تشدد في مواقفهم من دولتهم، لذا لن يلقى هذا المفهوم قبولا لدى المستثمرين الأجانب .

كما أن تغير قيمة العملة وتقلبها لا يعد من أعمال السيادة لان ذلك يخرج عن إرادة الدولة المضيفة ويخضع لعوامل اقتصادية موضوعية تجعل من المستثمر كرجل أعمال وكتاجر أن يتحمل مخاطرها.

غير أننا نسلم بان عامل تخفيض العملة ليس دوما خاضع لاعتبارات اقتصادية موضوعية بل هو قرار سياسي تلجأ إليه حكومات الدول المضيفة للحد من خروج رؤوس الأموال ولتقيد حرية تداولها حفاظا منها على توازنها المالي والاقتصادي وقد يصل الأمر إلى حد تعو يم العملة لمواجهة وضع سياسي كما حدث ذلك للولايات المتحدة الأمريكية في مطلع السبعينات في عهد الرئيس نكسون[1] .

إن المخاطر السياسية يمكن أن تحدث بمجرد قيام تعارض بين مصلحة المستثمر ومصلحة الدولة المضيفة له ويستـــوي الأمر هنا بين الدول المتقدمـــة والدول الناميـــة،[2] ولو أن هذه الأخيرة تعتبر أكثر عرضة للمخاطر السياسية لما يعانيه اقتصادها من عجز مستمر في موازين مدفوعاته وندرة العملات القابلة للتحويل ونقص في السيولة النقدية.مما يجعل تخفيض قيمة العملة وتقييد حورية تداولها يعدان من الأعمال السياسية حتى وأن كان طابعهما اقتصاديا وماليا،من هنا تبرز لنا مدى أهمية وضع تعريف للخطر السياسي،وفي هذا الصدد تجدر بنا الإشارة الى أن معهد بحوث السياسة الخارجية الأمريكي قدعرف الخطر السياسي بأنه(مجموعة الأحداث السياسية التي تؤثر بشكل ظاهر على توقعات الربحية للاستثمارات الأجنبيـــة المباشرة التي تقوم بها الشركات في الدول المضيفة[3].

أن مفهوم الخطر كما جاء به تعريف معهد بحوث السياسة الخارجية الأمريكي ينحصر في مجموعة من الوقائع المادية كما يظهر ذلك من عبارة الأحداث التي توحي بوقوع سلوك مادي بينما التأميم و نزع و مصادرة لا تعد من قبيل الأحداث المادية ،بل تصرفات قانونية الشيء الذي يجعل مفهوم الخطر السياسي الذي جاء به معهد البحوث الأمريكية مفهوما قابلا لكل التأويلات ويزيد من

---

[1]) راجع في ذلك مقال بعنوان (تقييم البنك الدولي).

[2]لقـــد حدثت هذه المخاطر بسبب التعارض في المصالح بين الاستثمارات الأمريكية وكل من كندا وفرنسا مما دفع بالولايات المتحدة إلى تقديم مشروع قانون للكونغرس الأمريكي عام 1972 .أنظر وجيه شندي(الفوائد الاقتصادية) المرجع السابق ص458.

[3]سامي عفيفي حاتم، التأمين الدولي، المرجع السابق ص220.

غموض المصطلح ويجعلنا نتساء عما إذا كان المقصود من عبارة الأحداث السياسية الواردة في التعريف المذكور آنفا تعني استبعاد المخاطر الناجمة عن أعمال السيادة؟لان ظاهر العبارة كما جاء بها التعريف تفيد إخراج أعمال السيادة وبوصفها تصرف قانوني من دائرة المخاطر السياسية مادام الخطر ينصب على الأحداث.

لكننا نشك في هذا التأويل لأنه لا يعقل أن يقال بأن ما جاء به معهد بحوث السياسية الخارجية الأمريكي في تعريفه للخطر السياسي السابق يعني استبعاد التصرفات السيادية كالتأميم ونزع الملكية والمصادرة...الخ ،وهو يدرك بأنها تمثل أهم المخاطر التي تهدد الاستثمارات الأجنبية في الدول النامية.

كما أن القول بقصر مفهوم الخطر على الأحداث وتوقعات الربحية دون أصل الاستثمار فيه نوع من المغالطة والغموض لأن المستثمر الأجنبي لا يمكنه أن يقبل بالمخاطرة برأس ماله مقابل ضمان أرباحه بل ما يهم المستثمر هو ضمان استثماره، من رأس مال وفوائد أي عناصر المشروع بكاملها وإضافة إلى ما سبق فإن التعريف يقتصر على حصر الأخطار السياسية في دائرة الاستثمارات المباشرة وكأن الاستثمارات الغير مباشرة لا تتعرض للمخاطر السياسية أو أنها لا تمثل مصدرا من مصادر الاستثمار الدولي مما لا يستوجب حمايتها مع أن الواقع الدولي يؤكد تعرض الاستثمارات الغير مباشر لخطر الاستيلاء وعدم التحويل كما حدث للاستثمارات الإيرانية في البنوك الأمريكية والأوروبية أثناء الإطاحة بنظام الشاه وكذلك ما حدث من تجميد للأرصدة العربية أثناء حرب الخليج وفي أزمة البترول في بداية السبعينات وبذلك يتضح أن التعريف الذي جاء به معهد البحوث للسياسية الخارجية الأمريكي لا يعكس في الواقع سوى وجهة نظر مصلحيه لأن الاستثمارات الأمريكية تتم في معظم الأحيان في شكل استثمار مباشر كما أن هذا النوع من الاستثمار يحقق مصالح حيوية للولايات المتحد الأمريكية في حين أننا نجد الاستثمارات العربية تتخذ شكل استثمار الحافظة في استثمارات غير مباشرة تتمثل في قروض وودائع مصرفية وهذا ما يؤكد لنا أن لشكل الاستثمار و موقعه و طبيعته دورا مهما في تحديد مضمون المخاطر السياسية[1] مما يزيد من صعوبة التوصل إلى تعريف موحد لمفهوم الخطر السياسي،و تجدر الإشارة هنا الى أن المشرع الجزائري عرف الخطر السياسي من خلال نص المادة

[1] تختلف المخاطر التي تواجه الاستثمار المباشر عن مخاطر الاستثمار غير المباشر كما أن مخاطر الاستثمار في الدول النامية غير مخاطر الدول المتقدمة، حكمت شريف النشاشيبي، استثمارات الأرصدة، المرجع السابق، ص 74.

السادسة من الأمر 06/96 المتعلق بتأمين القرض عند التصدير[1] بمفهوم وجوب صدور التصرف عن الدولة أو إحدى هيئاتها العامة نتيجة قرار تتخذه أو نتيجة حرب أو ثورة أو أعمال شغب،و غيرها من الوقائع المماثلة وقعت في البلد المضيف.وبذلك يكون المشرع الجزائري قد ادخل في مفهوم الخطر السياسي أعمال السيادة من خلال إدراجه للقرارات التي تتخذاه الدولة وتمس بحقوق صاحب راس المال.

كما يمكن القول أن هنالك شبه إجماع حول العناصر الأساسية التي تدخل ضمن المخاطر السياسية و صورها المختلفة كما سنبين ذلك من خلال المطلب الموالي.

المطلـــب الثـــاني

أنـــواع المخـــاطر السياسية

لقد جرت العادة على تقسيم المخاطر السياسية إلى ثلاثة صور أساسية تعرف بمخاطر الاستيلاء على المشروع، ومخاطر تقييد حرية تحويل الأموال، ومخاطر عدم الاستقرار السياسي[2] و تدخل ضمنها جميع التصرفات التي تتخذها الدولة المضيفة بطريقة مباشرة أو غير مباشرة وتؤثر على المستثمر الأجنبي بحيث يؤدي تطبيقها إلى حرمانه من ممارسة حقوقه الجوهرية على استثمـــاره إذا كان الاستثمار مباشرا،أما إذا كان الاستثمار غير مباشر فان منع الدائن من التصرف في أصل الديـــن وفوائده يعد ذلك من قبيل المساس بحقوقه الجوهرية ويترتب عنها قيام الخطر السياسي،وتعتبر جميع التصرفات التي تأتيها سلطات الدولة المضيفة أعمالا إرادية وتنعت بأنها من أعمال السيادة إلا أنها تمثل في نفس الوقت مخاطر سياسية تجاه الاستثمار الأجنبي .

الفـــرع الأول

خطر الاستيلاء

يعتبر الاستيلاء إجراء مؤقت تتخذه السلطة العامة للدولة المضيفة بغرض الانتفاع بكل أو بجزء من أموال المشروع تحقيقا للمنفعة العامة مقابل تعويض يؤدى لمالك المشروع[3].

---

[1] الأمـــر رقم 06/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتضمن تأمين القرض عند التصدير ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ع 3 للسنة الثالثة و الثلاثون الصادرة بتاريخ 14 يناير 1996 ص 16

[2] أنظـــر في ذلـــك: عبد الواحد محمد الفار(أحكام التعاون الدولي) المرجع السابق ص113. وكذلك سامي عفيفي (التأمين الدولي) المرجع السابق ص221.

[3] عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 37..

يتضح من التعريف السابق أن الاستيلاء هو إجراء استثنائي تلجأ إليه سلطات الدولة المضيفة في ظروف الحرب أو حالة الأزمات الحادة ويشمل جميع الأشخاص على حد سواء فلا يميز بين المستثمر الأجنبي ولا المستثمر الوطني، كما أنه يرد على جميع أنواع الأموال عقارات كانت أو منقولات وأنه محدود النطاق فتباشره الدولة في حدود إقليمها الجغرافي،و يتميز هذا الإجراء عن بقية الإجراءات الأخرى في كونه لا يجرد المستثمر من ملكيته بل يقيد سلطته في ممارسة حقوقه الجوهرية على استثماره لحين زوال السبب[1] .ورغم ارتبط الاستيلاء بحالات الحرب ،كما حدث في بعض الدول الأوروبية أثناء الحرب العالمية[2]، إلا أن أساس هذا الإجراء قد تجسد في التطبيقات الدولية و الوطنية سواء فيما يتعلق بمشروعيته أو نطاق تطبيقه كما جاء ذلك في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 1962/1803 الذي تضمن إقرار حق الاستيلاء شريطة أن يكون ذلك بهدف المصلحة العامة[3] .

كما نص المشرع الجزائري في المادتين 679 و680 من القانون المدني الجزائري على هذا الإجراء من خلال إقرار المشرع إمكانية الحصول على الأموال والخدمات الضرورية لضمان حاجات البلاد عن طريق الاستيلاء سواء كانت الأموال المستولى عليها أموالا مملوكة ملكية فردية أو جماعية وسواء كان القصد من الاستيلاء نقل ملكيتها أو مجرد استعمالها مقابل تعويض [4].ولم يميز المشرع الجزائري في موضوع الاستيلاء بين أموال الأجانب وأموال الوطنيين لأن النص جاء عاما ودون تحديد، الشيء الذي يفهم منه أنه يشمل الأموال الوطنية والأجنبية متى دعت الحاجة الى ذلك.

كما انه لم يربط موضوع الاستيلاء بحالة الحرب بل ربطه بحالات الضرورة مما يعني أن الصياغة التي جاء بها المشرع الجزائري تعطي مفهوما واسعا لفكرة الاستيلاء لانه جعله مفتوحا ومحتمل الوقوع متى دعت الضرورة لذلك ونصه أيضا بان بأن يكون الاستيلاء بغرض الملكية يعتبر خروجا عن المعنى المألوف للاستيلاء باعتباره إجراء مؤقت لا يتعدى حدود تقييد حرية المالك في التصرف في ماله

---

[1]راجع في ذلك وجيه شندي، مقال بعنوان (الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية) المرجع السابق ص457، و كذلك سامي عفيفي حاتم (التأمين الدولي) المرجع السابق ص221 و كذلك:عبد الواحدمحمد الفار(أحكام التعاون الدولي) المرجع السابق ص113

[2]هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي دار الجامعة للطباعة و النشر بيروت ص 123.

[3]نص القرار رقم 1962/1803 على أن الاستيلاء يجب إرجاعه لأسباب تتعلق بالمنفعة العامة، كما تضمنته أيضا المادة 2/2 من ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول. عاطف إبراهيم ،ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. المرجع السابق، ص 37.

[4]تنص الفقرة الثانية من المادة 679 من القانون رقم 88-14 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري بالحصول على الأموال و الخدمات عن طريق الاستيلاء ضمانا لاستمرارية المرافق العامة.

وبذلك يكون المشرع الجزائري بصياغته هذه قد سوى بين نطاق الاستيلاء و نطاق نزع الملكية[1] وأنه لم قيد سلطة الدولة في ذلك سوى بفكرة حاجة البلاد،أي بما يقابل مفهوم المصلحة العامة،وهذا المفهوم يتطابق مع ما ذهبت إليه بعض التطبيقات الدولية،كما جاء ذلك في قضية الادعاءات النرويجية من خلال حكم محكمة التحكيم الدائمة حيث جاء في حكمها(إن سلطة الدولة ذات السيادة في الاستيلاء على الأموال الموجودة داخل اختصاصها، والتي قد يتطلبها الصالح العام أو المنفعة العامة تأخذ مترلة الحق القانوني) [2].

إن الاستيلاء بهذا المعنى يجعل الدولة المستولية في منأى عن المسؤولية طالما أن تصرفها يرقى إلى مستوى الحق القانوني.

ومما لاشك فيه أن مثل هذا المعنى لا يشجع على توافد الاستثمار إلى الدول المضيفة،لذلك نفضل بان يكون الاستيلاء حالة استثنائية تجد أساسها القانوني في فكرة تغير الظروف بحيث كلما كانت هناك ظروف مادية تدفع الدولة إلى اتخاذ مثل هذا الإجراء كان لها ذلك،فالأساس القانوني الذي يبنى عليه قرار الاستيلاء لا ينبغي أن يكون إراديا،إنما يجب أن يكون اضطراريا ،أما الحق القانوني فيستعمله صاحبه متى شاء دون أن تضطره إلى ذلك ظروف معينة،و القول بخلاف ذلك يجعل استيلاء الدولة على الأموال الأجنبية بعيد عن كل مراقبة دون معرفة وعما إذا كان الاستيلاء مشروعا أم غير مشروع وقد دفع المفهوم الموسع للاستيلاء بالدول الغربية و في مقدمتها الولايات المتحدة برفضها إجراء الاستيلاء ما لم يكن مطابقا لقواعد القانون الدولي وكذلك إذا لم يكن متضمنا للتعويض.

و الجدير بملاحظة أن الفقه المعاصر يكاد يجمع على أن الاستيلاء على أموال الأجانب يستوجب تعويضا عادلا لأن استيلاء السلطة العامة على الأموال يصيب المشروع و يلحق الضرر بالمساهمين مادامت أموالهم توضع تحت حراسة الغير و حيازته وتخرج عن إرادتهم و تسخر لغيرهم مما يفقدهم سيطرتهم عليها، حتى و إن بقيت مكية الأموال لهم و لم تنتقل إلى ذمة الدولة المستولية[3].

[1] تنص المادة 680 ق.م. الجزائري على"الاستيلاء بقصد الملكية"

[2] عصام الدين بسيم.النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الأخذة في النمو ، دار النهضة العربية .ط1972.ص25.

[3] عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 39-40.

الفـــرع الثـــاني
خطر المصـــــــادرة

المصادرة إجراء تتخذه السلطة العامة في الدولة بغرض الاستيلاء على أموال بعض الأشخاص سواء كانوا أجانب أم وطنيين ودون تعويض ،و تتخذ شكلا قضائيا و إداريا،لذا يصنفها البعض إلى مصادرة قضائية ومصادرة إدارية[1].

وتصدر المصادرة القضائية عن المحاكم كعقوبة ينص عليها القانون ومثالها تورط بعض المستثمرين في قضايا و أعمال تمس بأمن وسلامة الدولة المضيفة بغرض زعزعة النظام الاقتصادي والاجتماعي والسياسي من خلال تواطئهم مع أطراف أجنبية او قيامهم بأعمال تخريبه أو تجسسية.. ...الخ. فتلجأ الدولة التي تعرضت لمثل هذه الأعمال إلى مصادرة أموال الأجانب المتورطين وتجريدهم من ملكيتهم كعقوبة لهم عما اقترفوه في حقها وهذا الاجراء قد يتقبله المستثمر الأجنبي ولا يحمل الدولة أية مسؤولية على المستوى الداخلي أو الدولي.

أما المصادرة الإدارية فتتمثل فيما تتخذه الدولة من قرارا ت إدارية لمعاقبة الأشخاص المتورطين أو المعارضين لنظام الحكم فيها،كما حدث ذلك أثناء الثورة البلشفية وأثناء الحرب العالمية الثانية بالنسبة للأشخاص المؤيدين للنازية،وقد طبقت الجزائر هذا الموقف بعد الاستقلال تجاه الأشخاص الذين ثبت تعاملهم مع الاستعمار الفرنسي حيث صودرت ممتلكاتهم وأراضيهم ،مما يجعل المصادرة الإدارية تتم في أعقاب الحروب والثورات وما تفرزه من أحداث و تغيرات اجتماعية وسياسية الامرالذي يضفي عليها طابعا سياسيا .

إن الطابع العقابي للمصادرة هو الذي يبرر مشروعية الإجراء إذ لا يكون إلا في مواجهة شخص أو مجموعة من الأشخاص اقترفوا جرائم و أعمال غير مشروعة أو بسبب عدائهم للنظام السياسي ولا تكون مصحوبة بتعويض ذلك ان التعويض يعتبر مظهرا من مظاهر التمييز بين المصادرة والاستيلاء ونزع الملكية،فالمصادرة كما يعرفها الدكتور عبد الواحد محمد الفار بأنها(إجراء وقائي بوليسي تقتضيه اعتبارات الأمن والسلامة والصحة العامة والنظام والآداب وهي بمثابة إجراء جنائي مترتب عن النظم العقابية التي تنص على المصادرة كجزء من العقاب الموقع على الجريمة)[2].

---

[1] هشام علي صادق. : الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق،ص21.

[2] عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق.ص.115

وحسب المفهوم الذي جاء في التعريف السابق فان المصادرة إجراء عقابي يهدف إلى تجريد الشخص المعاقب من أمواله ولا تكون إلا بناء على نص قانوني وإلا اعتبرت عملا تعسفيا وتخضع لمبدأ الرقابة ذلك أن فكرة إنزال العقاب المادي مشتقة من تمتع الدولة بالسيادة إلا أن الدولة في تطبيقها للمصادرة تكون قد أسست سلطتها في ذلك على فكرة العقوبة وليس على أساس مالها من سلطة وسيادة، لذلك يكون إجراء المصادرة قابلا للرقابة لأنه ليس من أعمال السيادة فالدولة مقيدة في اتخاذها لهذا الإجراء في حدود ما يقترفه الشخص من مخالفة للنصوص التشريعية والتنظيمية وإلا اعتبر إجراء المصادرة عملا غير مشروع يحمل الدولة مسؤولية التعويض عنه.

ووفقا للرأي الراجح في القانون الدولي المعاصر فان المصادرة تستوجب التعويض في مواجهة المستثمر متى كانت تحكمية أو لم تراع فيها الإجراءات القانونية مما يضفي عليها وصف الخطر السياسي[1] و من بين التطبيقات التي اعتبرت فيها المصادرة كعقوبة ،ما قامت به الحكومة الشيلية تجاه شركة فورد لإنتاج السيارات عام 1971 [2].

الفـــرع الثـــالث

خطر نـــزع الملكيـــة

إذا كان المستثمر لا يمانع من تحمله لبعض المخاطر باعتبارها نتيجة طبيعية لنشاطه الاستثماري الذي يعتبر في مفهوم القانون نشاطا تجاريا،إلا أنه غير مستعد لتحمل مخاطر لا تدخل في نطاق المخاطر التجارية، و هي المخاطر التي اصطلح على تسميتها بالمخاطر السياسية، كتلك التي تندرج تحت مفهوم نزع الملكية أو الاستيلاء أو التأميم أو أي إجراء آخر تتخذه السلطة العامة في الدولة المضيفة متوخية من ورائها تحقيق مصلحتها أو منفعتها الوطنية ومتى كانت الإجراءات المتخذة قائمة على أساس عدم التمييز فيما بين المستثمرين، و كانت مصحوبة بتعويض[3].

إن إجراء نزع الملكية، يمثل بالنسبة للمستثمر خطرا محدقا يحد من رغبته في الاستثمار خارج حدود وطنه ونتيجة لذلك فقد اهتمت الدول المتقدمة والدول النامية بتنظيم إجراء نزع الملكية بوصفها صورة من صور تدخل الدولة وأكثرها شيوعا في الحياة العامة،ويرجع البعض سبب تدخل الدولة ونزعها لملكية الأفراد إلى التطور الذي حدث في مفهوم الملكية ذاته وخروج هذا المفهوم من

---

[1] عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار العربية، المرجع السابق، ص 34.

[2] وجيه شندي. الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق.ص459.

[3] عاطف إبراهيم محمد. المرجع السابق، ص 16.

نطاق القدسية إلى نطاق الوظيفة الاجتماعية[1] بحيث لم تعد فكرة الملكية كعلاقة بين المالك والشيء المملوك، بل أصبح هناك طرف ثالث وهو المجتمع واستنادا إلى هذه العلاقة الثلاثية اصبح من حق الدولة أن تتدخل في تنظيمها للملكية بما يتماشى والصالح العام وقد عرفت محكمة النقض المصرية نزع الملكية بأنه (حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة مقابل تعويض عماناله من الضرر بسبب هذا الحرمان)[2].

كذلك نصت معظم التشريعات الحديثة على حق السلطة العامة في نزع الملكية للصالح العام كما ورد ذلك في المادة 677 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه" لا يجوز حرمان أي أحد من ملكيته، إلا في الأحوال والشروط المنصوص عليها في القانون، غير أن للإدارة الحق في نزع جميع الملكية العقارية أو بعضها···مقابل تعويض منصف وعادل "[3].ومن خلال النص السابق يتضح بان نزع الملكية وان كان يرد على حقوق فردية إلا أنه يخضع لمقتضيات الصالح العام للمجتمع، وان النزع لا يرد إلا على العقارات وتستبعد من دائرته الأموال المنقولة ويكون دوما مصحوبا بالتعويض و إلا اعتبر إجراء تعسفي لان التعويض هنا ركن لصحة الإجراء وليس مجرد اثر لإصلاح الضرر وهذا ما جعل المشرع الجزائري لا يكتفي في بالوعد بالتعويض بل اشترط الإعداد له قبل القيام بعملية النزع،كما جاء ذلك في الفقرة الأخيرة من المادة الثالثة من القانون رقم 91-11 المحدد للقواعد المتعلقة بنزع الملكية من اجل المنفعة العامة الصادر في 27 افريل عام 1991[4].وقد أحاط المشرع الجزائري إجراء نزع الملكية للمنفعة العامة بمجموعة من الشروط الموضوعية والإجرائية تفيد التقييد من نطاق استعمال هذا الاجراء باعتباره إجراء استثنائي لاكتساب أملاك وحقوق عقارية للمنفعة العامة كما جاء ذلك في المادة الثانية.

كما احتاط المشرع الجزائري من التعسف في استعمال هذه الوسيلة لدرجة انه قضى ببطلان قرار نزع الملكية للمنفعة العامة ما لم يكن مستوفيا للشروط المقررة في المادة الحادية عشر من القانون

---

[1]عبد الواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق، ص 114.

[2]عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 16.

[3]الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري الصادر في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم بالقانون 14/88 .

[4]تنص الفرة الاخيرة من المادة المذكورة اعلاه"يجب ان توفر الاعتمادات اللازمة للتعويض"

المذكور[1] ويعني ذلك أن المشرع الجزائري قد انتقل من فكرة المفهوم الموسع لنزع الملكية التي يطغى عليها الطابع السياسي الى المفهوم الضيق ذو الطابع القانوني.

أن نزع الملكية يعتبر مبدأ قانونيا استقرت عليه التشريعات الوطنية ،كما استقر عليه العمل الدولي كما جاء ذلك في تصريح وزير خارجية الولايات المتحدة الأمريكية أثناء قيام الحكومة المكسيكية بنزع ملكية الرعايا الأمريكيين بمناسبة إصدارها لقانون الإصلاح الزراعي عام 1939 حيث جاء في تصريحه "أن حكومة الولايات المتحدة لا تجادل فيما يخوله حق السيادة للحكومة المكسيكية من نزع للملكية الخاصة "[2] ويعتبر موقف الحكومة الأمريكية تجسيدا للأساس القانوني المستقر في الفقه الأمريكي المعروف باسم (نظرية قرار الدولة)الذي يقضي بأن مقتضيات الحياة الدولية والمجاملات بين الحكومات تستلزم الاعتراف للدولة بما تتخذه من قرارات فيما يخص نزع الملكية في حدود اختصاصها الإقليمي المترتب عن حق السيادة[3].واستنادا إلى نظرية قرار الدولة فان نزع الملكية يقوم على شرطين أساسيين هما:

-شرط المكان،ومعناه أن قرار نزع الملكية لا ينتج آثاره خارج نطاق حدود إقليم الدولة وهو شرط منطقي مادام نزع الملكية يرد على العقارات دون المنقولات.

– شرط نزع الملكية للصالح العام،ولوان هذا الشرط يمثل عائقا حقيقيا في وجه المستثمرين الأجانب ،خاصة وان الدولة المضيفة هي وحدها صاحبة الحق في تقرير المصلحة العامة طالما أن ذلك يعد من أعمال السيادة ومن ثمة لا يعقل أن تمارس دولة المستثمر رقابة على الدولة المضيفة في تقرير مصلحتها العامة وهو ما أكدته مذكرة الرد المكسيكية حيث جاء فيها(إن المصلحة العامة وفقا للقانون الدولي هي المصلحة التي تقررها الدولة حسب ما تراه)[4].

وأمام استحالة مراقبة فكرة المصلحة العامة التي قد تتخذها الدولة المضيفة كذريعة في كل حالة من حالات نزع الملكية ،فإن جانبا من الفقه يرى ضرورة ربط موضوع نزع الملكية للمصلحة العامة

---

[1]تنص المادة 11 من القانون رقم11-91 المتعلق بنزع الملكية للمنفعة العمومية على وجوب احترام نشر قرار التصريح بالمنفعة العامة وتبليغه للأطراف المعنية وتعليقه بمقر البلدية التي يقع فوق تراها العقار المنزوع والا وقع تحت طائلة البطلان.

[2]محمد أحمد عطاء الله: مقال بعنوان: التأميم في القانون المقارن، مجلة قضايا الحكومة، ع1 يناير 1975. ص75.

[3]هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق ص 35.

- أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق ص 345..

[4]هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 34.

بمبدأ المساواة وعدم التمييز بين الأموال المتروعة، واعتبار ذلك بمثابة توافر شرط المصلحة العامة[1]. وتعتبر الأعمال الصادرة عن السلطة التشريعية أو التنفيذية أو القضائية، أعمالا مشروعة متى صدرت بحسن نية ودون تمييز بين المستثمرين ،ويعتبر مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين أساسا لفكرة التمييز بين العمل المشروع و غير المشروع،كما يعتبر التعويض عنصرا هاما وأساسيا في فكرة التمييز بين نزع الملكية و المصادرة و قد تبنته محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 1969/4/23 بشأن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الجزائرية عام 1963 فيما يخص المشروعات الزراعية الأجنبية[2].

الفرع الرابع

خطر التأميم

لقد أدى انتشار الأفكار الاشتراكية و ظهور فكرة الملكية الجماعية لوسائل الإنتاج إلى انهيار الإطار التقليدي لمفهوم الملكية الفردية المتمثل في الحق المقدس والمطلق وظهور مفهوم الوظيفة الاجتماعية[3] و اهتزت بذلك قداسة الملكية الفردية و فقدت طابعها المطلق و لم تعد الأدوات القانونية التقليدية، من استيلاء ونزع للملكية ومصادرة قادرة على مواكبة وملاءمة التطور الذي حدث في مفهوم الملكية وفي طبيعة تكوين الملكية الجماعية،ووجدت الدول الاشتراكية ومن بعدها الدول النامية في فكرة التأميم الأداة القانونية والفنية المثلى لنقل وتحويل ملكية المشروعات الخاصة إلى الملكية الجماعية للدولة وقد تجسد ذلك من خلال التأميمات السوفيتية والمكسيكية منذ الربع الأول من القرن العشرين حيث جاء في المادة 27 من التشريع المكسيكي الصادر عام 1917 ما يلي:(يكون للأمة في أي وقت،أن تفرض على الملكية الخاصة ما يمليه الصالح العام من قيود وما يقتضيه الاستخدام الأمثل للعناصر القابلة للتملك، بغرض تحقيق توزيع عادل للثروات العامة وضمان المحافظة عليها)[4].

لقد كان لهاتين التجربتين أثرهما البارز في تكريس مبدأ التأميم إلى أن أصبح ظاهرة العصر خاصة بعد التأميمات التي تمت من قبل العديد من الدول النامية في مطلع الخمسينات في

[1] هشام علي صادق: المرجع السابق، ص 37.

[2] علي فاضل حسن: المصادرة في القانون الدولي، مصر المعاصرة 1977، القاهرة، ص 41.

[3] أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق ص333.

[4] عبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق، ص 116.

كل من أمريكا اللاتينية وآسيا وإفريقيا[1]،رغم الاختلاف الواضح في الأساس الفكري والفلسفي لمفهوم التأميم في كل من الدول النامية و الاشتراكية،ذلك أن هذه الأخيرة تنظر إليه على أنه وسيلة من وسائل التغيير الجذري لأسس النظام الاقتصادي والاجتماعي مستهدفة بذلك تحقيق تغيير شامل وجذري لعلاقات الإنتاج في مجتمعاتها من خلال القضاء الكلي على مظاهر الملكية الفردية لوسائل الإنتاج دون الالتزام بدفع أي تعويض لأنها تنظر إلى الملكية الخاصة لأدوات الإنتاج على أنها أساس البناء الاقتصادي و الاجتماعي للنظام الرأسمالي، و أن أي تغيير لهذا النظام لن يتأتى إلا من خلال القضاء على الملكية الخاصة لأن النظام الاقتصادي و الاجتماعي، لأي مجتمع، يتشكل وفق نمط الملكية السائدة فيه، وأي تغيير لنمط ملكية وسائل الإنتاج يؤدي حتما إلى تغيير البناء الاجتماعي للمجتمع[2] وانه إذا أريد القضاء على النظام الرأسمالي كهدف إيديولوجي بالنسبة لدعاة النظام الاشتراكي لابد من القضاء على الملكية الخاصة وقد كان الاتحاد السوفيتي يعد في طليعة الدول التي تبنت هذا الموقف كل إلى جانب دول أوروبا الشرقية والصين وبعض الدول النامية مثل كوبا وكوريا الشمالية.

أما الدول النامية، فترى في التأميم وسيلة من وسائل التحرر الاقتصادي من الهيمنة الاحتكارية والتبعية الرأسمالية،.لذلك فان التأميمات التي تقوم بها توصف غالبا بالتأميمات الإصلاحية أو العلاجية.وقد انعكس هذا الاختلاف الوصفي للتأميم على مفهومه مما جعل التعاريف حول مفهوم التأميم تتباين وتختلف باختلاف الغاية المتوخاة من استحداث واستعمال هذه الأداة القانونية الحديثة،لذا عرفه البعض بأنه(نقل ملكية المشروع إلى الأمة)[3]وحسب هذا التعريف فان الغاية من التأميم تكمن في نقل ملكية المشروع إلى الأمة سواء أدى ذلك إلى تحقيق نفع عام أم لم يؤد إلى تحقيق ذلك ، فالتأميم في مفهوم التعريف الذي أتينا على ذكره يستهدف القضاء على الملكية الخاصة واستئصال جذورها لذلك يندرج هذا التعريف ضمن النظرة الإيديولوجية أو الثورية لمفهوم التأميم.

أما الفقيه الفرنسي (لابرديل) فيعرف التأميم بأنه (عملية تتصل بالسياسة العليا تقوم بها الدولة من أجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا، بحيث تبعد يد القطاع الخاص على بعض

---

[1]وحيد شندي:مقال.الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق،ص459

[2]أنظر السيد عبد المولى أصول الاقتصاد المرجع السابق ص 163.

[3]هشام على صادق:الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق، ص25.

المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية، لضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة)[1] وهذا التعريف يتطابق في صياغته وفي مفهومه مع التعريف الذي جاء به معهد القانون الدولي الذي يعرف التأميم هو الآخر بأنه (عمل من أعمال السياسة العليا تقوم به الدولة من اجل تغيير بنائها الاقتصادي تغييرا كليا أو جزئيا، بحيث تكف يد القطاع الخاص على بعض المشروعات الصناعية أو الزراعية ذات الأهمية،لضمها إلى القطاع العام خدمة لمصالح الأمة)[2] .

و يتضح من التعريفين السابقين الهما متطابقان صياغة و معنى و يعكسان وجهة نظر الدول النامية التي تنظر إلى التأميم على أنه إجراء إصلاحي يستهدف بالدرجة الأولى ممارسة الدولة لسيادها كمظهر سلطوي من خلال التصرف الكلي أو الجزئي على بعض المشروعات الاقتصادية التي تعتبر بالنسبة إليها حيوية، و من ثم فإن التأميم بالنسبة لهالا يستهدف القضاء على الملكية الخاصة قضاء جذريا،إنما يستهدف تمكين الدول النامية فرض سيادها على ثرواها الطبيعية وعلى بعض الأموال الأجنبية،ويعني ذلك اختلاف مفهوم التأميم لدى كل من الدول الاشتراكية و الدول النامية .

غير ان الاختلاف في مفهوم التأميم بين الدول الاشتراكية والدول النامية لم يمنعهما من الالتقاء في النتيجة،ذلك أن نتيجة التأميم تعد واحدة ما دامت تستهدف القضاء على ملكية المشروعات الخاصة و نقل ملكيتها إلى الدولة و لو بفارق في حجم وشمولية ودرجة هذا التأميم (نقل كلي أو جزئي للأموال).

كما أن التأميم لا يرد على مال معين بل يرد على مجموعة العناصر المكونة للمشروع كوحدة متكاملة يصعب الفصل فيها بين الأموال الموجودة بين داخل إقليم الدولة وخارجها الشيء الذي جعل آثاره تشمل ذمة المشروع بكامله دون التقيد بمبدأ إقليمية التصرفات أو بقاعدة موقع المال خلافا لما تذهب إليه وجهة نظر الدول الغربية التي تخلط بين التأميم وبين نزع الملكية كما جاء ذلك في موقف القضاء الفرنسي الذي ذهب إلى تجريد الإجراءات المتخذة من قبل السلطة الجزائرية من

[1]عاطف إبراهيم: ضمانات الاستثمار في الدول العربية، المرجع السابق، ص 28.

[2]أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق ص345 و كذلك: هشام على صادق:الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق، ص35.

كل أثر قانوني داخل فرنسا مادامت غير مصحوبة بتعويض[1] معتبرة ذلك خروجا وانتهاكا صارخا للمفهوم التقليدي لمبدأ نزع الملكية الذي يقابله في مفهوم الفقه الأمريكي ما يسمى بنظرية قرار الدولة التي حظيت بتأييد مطلق من طرف الفقه الغربي على أساس إقليمية تصرفات الدولة بوصفها مظهرا من مظاهر سيادتها على إقليمهـــا[2] . مستهدفين من وراء ذلك بأن يكون التعويض شرطا لصحة التأميم وليس مجرد أثر له. غير أن الموقف المذكور لم يسايره العمل الدولي ولا الفقه الدولي المعاصر وقد اصبح التأميم يمثل عملا من أعمال السيادة ويظل مشروعا حتى و إن لم تقم الدولة بدفع تعويض حال وفوري،ذلك أن تمسك الفقه التقليدي بعدم التمييز بين التأميم وأجرات الاستيلاء بمفهومها التقليدي يخفي وراءه رغبة هذا الأخيرة في تطبيق القواعد القانونية التي تحكم إجراءات نزع الملكية من حيث اشتراط التعويض و مبدأ إقليمية التصرفات،بينما يختلف التأميم في مفهوم طبيعته وأثاره عن النظم التقليدية كنزع الملكية والاستيلاء والمصادرة وما شابهها رغم اعتراض الدول الغربية وفقهائها عن ذلك ووقوفها في وجه التأميمات المختلفة التي تمت في مناطق مختلفة من العالم وعدم الاعتراف لها بالشرعية محاولة بذلك تجريدها من الصفة القانونية بدعوى مخالفتها للمبادئ المتعارف عليها في الدول المتمدنة معتبرة إجراءات التأميم من باب القوانين السياسية بل وقد ذهب مؤتمر خبراء القانونين المنعقد في بر وكسل سنة1921 إلى وصفها بأنها(عمل من إعمال الاغتصاب)[3] .

ينما ذهب القاضي البريطاني في عدن إلى عدم الاعتراف بشرعية التاميمات الإيرانية التي لم تصاحبها تعويضات حالة وفعالة معتبرا إياها مخالفة للقانون الدولي مستبعدا بذلك كل إجراء تتخذه الدولة على إقليمها تجاه الأجانب[4] .

---

[1]لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية بشأن تكييف الإجراءات المتخذة بواسطة أية حكومة أجنبية مهما كانت تسميتها: نزع ملكية، تأمـــيم حراسة، استيلاء، إصلاح، مصادرة...إلخ على أنها إجراءات غير مشروعة واصفة الإجراءات السوفيتية بأنها نهب و الإجراءات الجزائرية على أنها مصادرة.أنظر في ذلك: علي فاضل حسن، المصادرة في القانون الدولي، المرجع السابق، ص 42.

[2]محـــتوى هـــذه الـــنظرية كما صاغها الفقه الأمريكي أن يعترف للحكومات الأجنبية بما تتخذه من إجراءات تخص نزع الملكية و المصادرة في حدود اختصاصها الإقليمي، و بالمقابل أنه لا يجوز له اتخاذ مثل هذه الإجراءات خارج حدود إقليمها حتى و لو تعلق الأمر بأموال مملوكة لرعاياها، أنظر في ذلك: هشام على صادق:الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق، ص35.

[3]أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق ص342

[4]هشام على صادق:الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق، ص82 .

وقد ذهب الفقه والقضاء الغربيين في محاولاته إلى عدم الاعتراف للتأميم بطابعه المستقل و المتميز عن نزع الملكية والمصادرة مؤكدين على أنه ليس ثمة فارق بين التأميم و نزع الملكية و أن التفرقة واقعية و ليست قانونية ،وأنه من الصعب أيجاد معيار للتمييز بينهما[1] مع أن هناك جانبا من القضاة الغربيين يقرون بشرعية التأميم وبامتداد آثاره خارج حدود الدولة المؤممة متى اقترن بالوعد بالتعويض ونعتقد أن سبب الرفض عند البعض والاعتراف لدى البعض الآخر يعود فكرة الخلط بين التأميم و بين اشتراط التعويض كشرط ملازم لصحة التأميم مما يجعله متماثلا في نتيجته مع نزع الملكية لان قرار التأميم إن كان مصحوبا بتعويض حال و عادل و فعال اعتبر صورة من صور نزع الملكية، أما إذا لم يكن كذلك فهو مصادرة، مع أن هذا التفسير غير صحيح لأنه من غير المنطق أن يبنى أساس تحديد طبيعة التصرف من خلال أثاره إذ لا يعقد أن يكون التعويض سببا لصحة التصرف وفي ذات الوقت نتيجة للتصرف لان ذلك يتعارض مع المنطق[2] .

غير أن موقف بعض الدول الغربية ما لبث أن عاد إلى التسليم بمشروعية التأميم كنظام قانوني جديد متميز عن نزع الملكية تحت تأثيرات المجتمع الدولي وموجة التأميمات التي قامت بها العديد من الدول النامية وما صاحب ذلك من صدور قرارات عن بعض المنظمات والهيئات الدولية بعد أن اقتنع المجتمع الدولي بأن توصف نظم دول بأنها أقل تمدنا لمجرد أنها تطبق نظما اجتماعية واقتصادية مخالفة للنظم السائدة في دول أخرى، كما أن وصف الإجراءات التي تتخذها دولة ما بالقوانين السياسية لا يعني بذلك مخالفتها للأنظمة و الأعراف الدولية لأن كل تصرف قانوني تأتيه دولة إلا ويكون من ورائه عملا سياسيا ومن ثم يصعب وصف عمل معين على أنه عمل قانوني أو سياسي وقد استقر القضاء في كثير من الدول على اعتبار تطبيق قوانين الرقابة على الصرف واحتكار التجارة الخارجية من الأعمال السياسية رغم ما تتصف به من وصف قانوني وقد انهارت هذه الفكرة(القوانين السياسية) حينما رفض معهد القانون الدولي عام 1954 تبني هذا المفهوم.[3]

وقد كان لحكم المحكمة الفدرالية العليا الأمريكية الصادر في قضية(سباتينوSAPPATINO) عام 1963 أثره البارز في تغير الموقف القضائي الغربي وفي تخليه وهجره لنظرية قرار الدولة حيث جاء في

---

[1] أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق ص338.

[2] أحمد عبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق ص 116

[3] أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية: المرجع السابق ص343.

الحكم المذكور بأنه "لا مجال لتطبيق نظرية قرار الدولة إذا كان القرار الذي تتخذه الدولة الأجنبية مخالفا لمعاهدة دولية أو لقواعد القانون الدولي العامة والمشتركة"[1] وبهذا الحكم يكون القضاء الأمريكي قد أرسى مبدأ قانونيا جديدا لم يعهده الفقه الأمريكي من قبل بعد إقراره مبدأ مراقبة القضاء الأجنبي لمدى مشروعية قرارات التأميم وقد اعتبر هذا الحكم أن قاعدة احترام قرار الدولة ليست في ذاتها قاعدة من قواعد القانون الدولي إنما هي مجرد قاعدة من قواعد التنازع التي تطبقها المحاكم الأمريكية تجسيدا لفكرة خضوع المال لقاعدة موقعه والتي يجوز فيها استثناء الخروج عنها إذا قبلت الدول الأخرى امتداد أثر التأميم الأجنبي على إقليمها[2] و بذلك يقر القضاء الأمريكي بأن قاعدة قرار الدولة ليست قاعدة من قواعد القانون الدولي ،و أصبح الفقه و القضاء يقران بمشروعية التأميم كنظام قانوني لنقل ملكية المشروعات الأجنبية الخاصة للدولة المؤممة و منتجا لآثاره،رغم تنكرهما الشديد لذلك طيلة فترة طويلة من الزمن إلا أنهما ما لبثا وأن عادا و سلما بأن التأميم إجراء قانوني متميز عن إجراءات الاستيلاء التقليدية، وانه أداة قانونية يقصد بها نقل ملكية وسائل الإنتاج من الملكية الفردية أو الخاصة إلى ملكية الدولة تحقيقا للصالح العام، كما عبرت عنه محكمة التحكيم الدائمة في قضية الادعاءات النرويجية (بأن سلطة الدولة ذات السيادة في الاستيلاء على الأموال الموجودة داخل اختصاصها و التي يتطلبها الصالح العام تأخذ مترلة الحق القانوني)[3].

وعلى مستوى الدول الغربية فقد اعترفت به الولايات المتحدة أثناء التأميمات المكسيكية في المذكرة التي بعث بها وزير خارجيتها Hull في أوت 1938 لسفير المكسيك ببلادها والتي جاء فيها(لقد أكدت حكومتي بشكل متكرر على حق كل دولة في أن تحدد بحرية أنظمتها الصناعية والزراعية والاجتماعية ومن حقها أن تتخذ إجراءات نزع الملكية)[4].و تأكد نفس الموقف أثناء

---

[1]هشام على صادق:الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق، ص40 .

[2]تتمثل وقائع هذه القضية في أن شركة أمريكية تعاقدت على شراء شحن من السكر الكوبي الخاضع للتأميم فثار الخلاف حول مستحق الثمن هل الدولة الكوبية أم ساباتينو ممثل أعمال الفرع الأمريكي بوصفه مصفيا وفقا لنظرية قرار الدولة ليس بمقدور القضاء الأمريكي سوى التسليم بصحة التأميم الكوبي لخضوعه لموقع المال، لكن القضاء الأمريكي في حكم المحكمة الفدرالية العليا الصادر 23 مارس 1963 رفض تطبيق نظرية قرار الدولة التي تبناها الفقه الأمريكي لمدة طويلة، أنظر في ذلك: أحمد عبد الحميد عشوش، النظام القانوني للاتفاقيات البترولية المرجع السابق ص347 .

[3]عصام الدين بسيم: النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول النامية، المرجع السابق، ص 252. أنظر: عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 38.

[4]علي حسين ملحم: دور المعاهدات في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص 126.

التأميمات الجزائرية حيث بعثت الحكومة الفرنسية بمذكرة لحكومة الدولة الجزائرية في 09 مارس 1971 جاء فيها بأن الحكومة الفرنسية لا تحتج على حق الجزائر في ممارستها لمبدأ التأميم ،إنما تحتج على شروط وآليات تحديد التعويض)[1] ويبدو من خلال ما ذكرناه أن الدول الغربية أصبحت تدرك جيدا مسالة التمييز بين التأميم وآثاره ،وبين التأميم والصور التقليدية الأخرى المشابهة له كترع الملكية والمصادرة وما إلى غير ذلك

وقد اصبح اهتمامها منصب حول موضوع التعويض ،بيد أن التعويض نفسه لم يعد ينظر إليه كشرط لصحة التأميم، إنما هو مجرد أثر من آثاره، وهو ما يفهم من المذكرة الفرنسية التي اعترفت بحق الجزائر في التأميم دون منازع.

كما تجسد هذا الموقف أيضا في القضاء الغربي، فذهب كل من القضاء الإيطالي والألماني والياباني إلى الاعتراف بشرعية التأميم و امتداد آثاره خارج نطاق الدولة المؤممة، حتى ولو لم يكن يتضمن التعويض بالشروط المعروفة في الفقه التقليدي وأنه يكفي الوعد به .[2]

إن التأميم أصبح يمثل مظهرا من مظاهر تجسيد مبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية ووسيلة من وسائل الاستغلال و توزيع الثروات، من خلال تحكم الدول في وسائل إنتاجها و

أحمد محمد عطاء الله، التأميم في القانون الدولي المقارن، المرجع السابق، ص 85.

[1]Le gouvernement français n'entent pas contester-dans son principe, même le droit de l'Algérie de nationalisation sous certaines conditions comportant au premier chef l'indemnisation solennellement annoncé par la plus Haut Autorité algérienne, Le patrimoine situe sur son territoire des entreprises qui agissent dans un secteur économique déterminé , voir documents sur les relations entre l' Algérie et la France et les sociétés pétrolières françaises- imprime en suisse, mai 1971, . P. A. 16-3

[0]لقد ذهب القضاء الإيطالي إلى الاعتراف بمشروعية التأميمات الإيرانية 1951 و بامتداد آثارها دوليا متى تضمنت الوعد بالتعويض، وتـأيد هذا الموقف أيضا من طرف القضاء الألماني الذي أشار إلى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 12 ديسمبر 1952 أثناء نظره في مدى مشروعية التأميمات الإندونيسية مؤكدا بأن المبدأ الذي تتمسك به الدول الغربية من تعويض كامل وحال وفعال، لا يتماشى مع مفهـوم علاقـات الملكية للدول المستقلة حديثا التي تسعى إلى تعديل بنائها الاجتماعي، بل و مراعاة للظروف الاقتصادية للدول فقد اكتفـت الـدول الغربية بقبولها للتعويض العيني مثلما حدث بين كوبا و الولايات المتحدة وبولندا وفرنسا، أنظر في ذلك: هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 81-83.

القضاء على الاحتكارات الخاصة وهذا الموقف جسدته قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة[1] واستندت عليه حكومة قواتي مالا في تأكيد شرعية تأميمها لفروع شركة الفواكه الأمريكية[2] على أساس ما تخوله قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة من حق الدول في تكريسها لمبدأ سيادتها الدائمة على ثرواتها الطبيعية.

و الجدير بالملاحظة أن التأميم كإجراء قانوني يختلف في طبيعته و في إجراءاته عن نزع الملكية كون أن نزع الملكية يأذن به نص قانوني عام، بينما التأميم لا يتم إلا بصدور قانون خاص يتعلق بالمال المؤمم[3] ،كما انه من حيث وجود الباعث،فإن نزع الملكية لا يقوم على دافع اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي بحت، إنما يقوم على فكرة تمكين الإدارة الحكومية أو مرافقها العامة من مزاولة نشاطها العادي مما يجعل التراع منصبا على العقارات، بينما يرد التأميم على المشروعات الصناعية و التجارية و الزراعية مستهدفا بذلك جميع الأموال عقارات كانت أم منقولات، كما يختلفان من حيث الإجراءات، فترع الملكية يتم بموجب قرار إداري في حين أن التأميم يتم بقانون تشريعي خاص يجد أساسه في الدستور و من حيث الأثر نجد أن نزع الملكية لا يقوم إلا إذا كان مصحوبا بتعويض عادل و نافع و فعال، أما التأميم فيكفي الوعد به، كما أن نزع الملكية لا يمتد نطاقه خارج حدود إقليم الدولة النازعة للملكية، أما التأميم فقد يشمل الأموال الموجودة بالداخل وفي الخارج.

كما يختلف التأميم عن المصادرة، إذ أن التأميم حق لصيق بسيادة الدولة[4] و يعني ذلك أن الباعث في حالة تأميم يتمثل في تجسيد حق قانوني قائم على المصلحة العامة، أما المصادرة فهي عقوبة توقع على أحد الأشخاص مما يجعلهما متميزين عن بعضهما البعض، و على ضوء هذا التمييز وبناء على ما سبق ذكره يمكننا أن نعرف التأميم بأنه: إجراء قانوني تقوم به الدولة بغرض فرض سيطرتها على المشروعات الخاصة وطنية كانت أم أجنبية تجسيدا لسيادتها وللصالح العام الوطني .

---

[1] من بين هذه القرارات، القرار رقم 626 لسنة 1952، القرار رقم 1803، القرار رقم 3201 و 3202، لسنة 1974، وغيرها المتضمنة حق الدول في السيادة على ثرواتها و ما يخوله لها هذا الحق من التأميم، أنظر في ذلك: عاطف إبراهيم: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية المرجع السابق، ص 28.

[2] علي حسن ملحم: المعاهدات في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص 127 .

[3] محمد أحمد عطاء الله: التأميم في القانون المقارن،المرجع السابق، ص 85.

[4] أحمد القشيري: التأميم في الدول النامية، مجلة السياسة الدولية، العدد العاشر أكتوبر 1967 مؤسسة الأهرام، القاهرة، ص 108 و ما بعدها.

الفـــرع الخـــامس

خطر عدم الاستقرار السياسي

يشمل هذا الخطر الحروب والثورات والفتن والاضطرابات المدنية وأعمال الشغب وهي مظاهر توصف بها في غالب الأحيان الدول النامية والسبب في ذلك يعود إلى عاملين أساسين هما:

- حداثة المؤسسات الاقتصادية والسياسية.

-عدم التجانس في التركيبات الاجتماعية والاقتصادية لمختلف الفئات الاجتماعية.

وبالنظر الى السببين السابقين يمكن القول إن خطر عدم الاستقرار السياسي قد يلحق المستثمر الأجنبي دون أن يكون لحكومة الدولة المضيفة أية رغبة في ذلك، فهذا النوع من المخاطر قد يضر بمصالح الدول المضيفة أكثر مما يضر بمصالح المستثمرين، وأن معظم المآسي التي تشهدها الدول النامية تتعلق بمخلفات الاستعمار لان اغلب النزاعات تتمحور حول الحدود والفوارق الاجتماعية والاقتصادية والسياسية الموروثة،لذلك يذهب البعض إلى اعتبار خطر عدم الاستقرار السياسي مظهرا من مظاهر التخلف[1].وحسب وجهة النظر هذه فان الدول النامية المضيفة للاستثمارات الأجنبية لا تكون مسؤولة عن هذا النوع من المخاطر السياسية، وهذا الموقف يمكن ان يقبل كتبرير تاريخي إلا انه لا يمكن العمل به كواقع اقتصادي،لان الاستقرار السياسي بالنسبة للمستثمر الأجنبي يأتي في مقدمة الضمانات التي يراعيها في الدول المضيفة، فهو عندما يتخذ قراره بالاستثمار في بلد أجنبي يربط بين الماضي والحاضر والمستقبل وينظر إلى هذه المراحل على أنها مرحلة واحدة وأن أي تغير في الظروف العامة للدولة المضيفة يؤدي إلى المساس بمصالحه ومصير أمواله وهي الحقيقة التي أكدتها لجنة البنك الدولي في تقريرها المقدم من طرف السيد/ لبرسون والذي جاء فيه(أن المشاكل السياسية وتأثيرها على مناخ الاستثمار هي السبب المباشر في التقليل من ديناميكية الاستثمارات وتدفقها إلى الدول النامية)[2]

أن الدول النامية قد تبذل جهودا معتبرة لجلب الاستثمارات الأجنبي إليها ألا أن هذه الجهود قد تذهب أدراج الرياح إذا ما عم التشاؤم في أوساط المستثمرين فالمستثمر بحكم أنه رجل أعمال لا يهمه سوى ضمان استثماره وتحقيق أكبر قدر من الأرباح بأقل خسارة.

---

[1] HOSNI EL GAMEL OP. Cite P 279

[2] راجع في ذلك تقرير لبرسون (ماذا يجري في العالم الغني والعالم الفقير)، ترجمة ابراهيم نافع المرجع السابق ص21.

كما أن طبيعة الاستثمار المباشر تقتضي من مالك المشروع أن لا يضع في حسبانه مجرد الخسارة في الأموال ،بل خسارة الخبرة والمبادرة وأساليب التسيير وبراءات الاختراع والشهرة وما إلى ذلك من العناصر المادية والمعنوية التي يتكون منها المشروع،وإن إصابة المشروع بضرر من الإضرار معناه إصابة أمال وطموحات المستثمر،ولكي لا يفقد المستثمر الأجنبي آماله وطموحاته ويحافظ على استمرار وديمومة انتقال رؤوس أمواله فقد اهتمت كل من الدول المستوردة والمصدرة للاستثمار بوضع آليات وطنية لتشجيعه وحمايته من المخاطر غير التجارية التي تعترض سبيله كما سنبين ذلك لاحقا[1].

---

[1]لقد اعتبر الولايات المتحدة الأمريكية الخسائر التي تتعرض لها فروع شركاتها المتواجدة في الخارج نتيجة حروب واضطرابات سياسية أعمـــال شـــغب مـــن قبيل الأخطار السياسية الناجمة عن عدم الاستقرار السياسي ولابد من تغطيتها من خلال نظام الضمان القومي الأمـــريكي وقد قامت بتغطية أول حالة من حالات الحرب عام1951 حينما قامت الحرب ين الكوريتين وما ألحقته تلك الحرب من خسائر لفروع الشركات الأمريكية المتواجدة بالمنطقة. أنظر في ذلك سامي عفيفي ،التامين الدولي.المرجع السابق ص 227.

الفصـــل الثانــــــي

الحماية القانونية التي توفرها الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي

تمهيـــــد:

من خلال استقرائنا للمخاطر السياسية التي يتعرض لها الإستثمار الأجنبي داخل الدول المضيفة له تبين لنا أن عنصري الأمان والاستقرار يمثلان الغطاء المعنوي والمادي للمستثمر الأجنبي وهما العنصران اللذان فقدهما معظم دول العالم الثالث خلال فترة الخمسينات والستينات نتيجة انتشار النزعة الوطنية المعادية للتواجد الأجنبي في بلدان العالم الثالث والتي جاءت كرد فعل مشروع على ما خلفه الاستعمار السياسي والاقتصادي من آثار سلبية على اقتصاديات هذه الدول،مما أدى إلى وقوع موجات عارمة من التأميمات والمصادرة للممتلكات الأجنبية فتقلص حجم الاستثمار الأجنبي الخاص و لم تعد الدول النامية قادرة على ضمان مستلزمات التنمية الوطنية من خلال مواردها المالية المحلية ،مما جعلها تسارع إلى التعبير عن رغبتها الملحة في جلب الاستثمارات الأجنبية بشتى الوسائل والطرق أمام ازدياد تدهور أوضاعها الاقتصادية والاجتماعية في الفترة الأخيرة سارعت البلدان النامية إلى التعبير عن رغبتها الملحة كما يتجلى ذلك من خلال المساعي المبذولة سواء فيما يتعلق بتحسين مناخها[1] الاستثماري أو من خلال استصدارها لتشريعات تحفيزيه ، بغض النظر عن طبيعة النظام الاقتصادي والاجتماعي السائد في تلك الدول والمتأرجح بين النظام الموجه والنظام اللبرالي إلا أن ذلك لم يحل دون وجود شبه إجماع في موضوع احترام الملكية الخاصة وحمايتها بغض النظر عن جنسية صاحبها[2] كما يظهر لنا ذلك من خلال تصدي معظم دساتير هذه الدول إلى موضوع حماية الممتلكات الخاصة.

فالدستور الجزائري مثلا تضمن رسم السياسية العامة التي يجب على الدولة أن تتخذها في مواجهة الاستثمارات الخاصـــة وحدد إطارهـــا العام الذي يمكن أن تقـــوم به، فنص في المادتيـــن(

---

[1] ويقصـــد بالمنـــاخ كما جاء في إحدى التعاريف على أنه(مجموعة المتغيرات والعوامل البيئية المرتبطة بالمجتمع بما يحتويه من تنظيمات اقتصادية واجتماعية وسياسية) أنظر في ذلك سامي عفيفي حاتم المرجع السابق ص 284-285.

[2] Philippe khan rapport de la commission des investissements prives 1967 A P 391

16، 17) على أن الملكية الخاصة يجب أن تساهم في تنمية البلاد وأن تحقق منفعة اجتماعية وبالمقابل فإن نزعها لن يتم إلا بناء على تعويض عادل ومنصف.[1]

أما دستور سنة 1996 في صيغته الجديدة فقد نص في مادته 20 على انه "لا يمكن نزع ملكية أحد إلا وفقا للقوانين والتنظيمات السارية المفعول،وان يكون مقابل تعويض عادل ومنصف ومسبق مما يؤكد أن الدساتير الجزائرية قاطبة قد أقرت مبدأ حرية الملكية الخاصة والمحافظة على حمايتها رغم تبني الجزائر منذ استقلالها للنظام الاقتصادي الموجه القائم على الملكية العامة لوسائل الإنتاج.

كما تناول المشرع المصري موضوع الملكيــــة الخاصة في مختلف الدساتير المتعاقبـــة[2] فنص في المادة السادسة من دستور 1964 على(أن الملكية الخاصة محترمة وان وظيفتها الاجتماعية منظمة من طرف القانون ولن تكون هناك المصادرة إلا بسبب المصلحة العامة مع تعويض عادل) كما أن دستور 71 الذي يعكس في الواقع التوجه الجديد لنظام الانفتاح الاقتصادي والاجتماعي والسياسي في مصر جاء هو الآخر مؤكدا لمبدأ حماية الملكية الخاصة فيه(على أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ولا نزع للملكية إلا للمنفعة العامة مقابل تعويض) أما المادة 35 من نفس الدستور فتنص على أنه لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام ومقابل تعويض أما المصادرة العامة للأموال فتعتبر محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي وهنا يكون المشرع المصري قد ميز بين المصادرة كعقاب سياسي والتي لا يجوز تطبيقها وبين المصادرة الخاصة التي تكون نتيجة فعل الشخص ذاته وارتكابه لأفعال يجرمها القانون وبهذه الصورة يكون الدستور المصري قد ضيق من نطاق المصادرة ومن مخاطرها على الاستثمارات الأجنبية[3]

بيد أن بعض الدساتير ذهبت إلى النص صراحة على حماية الأموال الأجنبية كما جاء ذلك في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة الصادر عام 1971 حيث جاء فيه ما يلي:(يتمتع الأجانب

---

[1]أنظر في ذلك نص المادتين (16-17) من دستور 1976.

[2]يعتبر نص المادة 16 من دستور 64 المؤقت ترديد لنص المادة خمسة من دستور 1958 كما أن هذا النص الأخير يتطابق مع المادة الحادي عشر من دستور 56 ويتطابق أيضا مع نص المادة التاسعة من دستور عام 1923. أنظر في ذلك هشام خالد الحماية القانونية للاستثمارات العربية .المرجع السابق ص 35-37، وكذلك سامي عفيفي المرجع .التامين الدولي ،السابق ص 288.

[3]عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية. ط 1998 المرجع السابق، ص136.

راجع في ذلك:هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية،المرجع السابق ص36.

بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية،أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد طرفا فيها)[1]

إن الحماية الدستورية للمال الخاص لم تقتصر على دساتير الدول النامية المستوردة لرؤوس الأموال الأجنبية، بل شملت أيضا الدول المصدرة كما جاء ذلك في المادتين 14و15من دستور دولة ألمانيا الفدرالية والمادة 29 من الدستور الياباني في المادة 29 والدستور البلجيكي...الخ[2]

غير أن ما يؤخذ على الحماية في الدساتير أنها تقرر مبادئ عامة لن يطمئن إليها المستثمر الأجنبي فالحق في التعويض عند نزع الملكية أو التأميم منصوص عليه في معظم الدساتير،لكن آليات وإجراءات التعويض تختلف من دولة إلى أخرى وتثير مصاعب عند التطبيق،مما يولد مخاوف لدى المستثمرين الأجانب وينقص من قيمة وفعالية الأحكام الدستورية، كما أن النصوص الدستورية غالبا ما تكون عرضة للتغيير شأنها في ذلك شأن التشريعات العادية[3] .

المبحـــث الأول

الحمايـــة التشريعيـــة النوعيـــة

لم تكتف الدول النامية في التعبير عن رغبتها في جلب الاستثمار بالوسائل القانونية العامة كالدساتير و التصريحات السياسية العامة التي يحدد فيها الإطار العام الذي يحق فيه للاستثمار الخاص الوطني والأجنبي المساهمة في التنمية الوطنية،بل وقد لجأت هذه الدول إلى إصدار تشريعات خاصة عرفت بقوانين الاستثمار ويحظى هذا النوع باهتمام خاص من طرف معظم الدول حيث لا يكاد يخلو تشريع دولة ما من تقنين للاستثمار ويرجع السبب في ذلك إلى الطبيعة الخاصة لهذا النوع من

---

[1] هشام خالد.المرجع السابق ص37.

سسامي عفيفي حاتم، المرجع السابق، ص 288.- أحمد عبد الحميد عشوش.النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق، ص 179.

[2]عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 137.

[3] هشام خالد: الحماية القانونية للاستثمارات العربية . المرجع السابق، ص 43.

و كذلــك Hosni el gamel. L'assurance des investissements Etrangers dans les Pays sous...... المرجع السابق ص270

التشريعات وما يحتويه من دقة وتحديد وشمولية، فلا يقتصر على ذكر للمبادئ العامة كما هو الحال في الدساتير إذ ينظم حركة الاستثمار بدء ا من يوم دخوله إلى تاريخ انتهائه[1].

المطلـــب الأول

أهمية تصنيف تشريعات الاستثمار وموقع التشريع الجزائري منها

في الواقع إن تصنيف تقنينات الاستثمار في الدول النامية عموما يتأرجح بين اعتبارين متناقضين هما:

- الرغبة في دعوة رأس المال الأجنبي للمشاركة في عملية التنمية المحلية.
- الرغبة في دعم السيطرة الوطنية على المشروعات الأجنبية حفاظا على الاستقلال الوطني.

هذا التباين في الرغبات والمصالح انعكس على تشريعات الاستثمار في الدول النامية مما أدى ببعض الباحثين والدارسين إلى تصنيف وتقسيم تشريعات الاستثمار إلى مجموعات تتباين فيما بينها من حيث أهمية تشجيع وحماية الاستثمار بها.

الفـــرع الأول

أهمية تصنيف تشريعات الاستثمار

لقد صنف الأستاذ/ باتريك جوليارPATRICK JULIARAtL تشريعات الاستثمار إلى ثلاثة أنواع[2]:

أ- التشريعات ذات الطابع التشجيعي: وتميز بمنح المستثمر الأجنبي معاملة تفضيلية على المستثمر الوطني كما تعطي للمستثمر الأجنبي الحرية الكاملة في الاستثمار بكامل القطاعات مع منحها له ضمانات وحوافز واسعة النطاق.

ب- تشريعات رقابية: ومفادها أن العلاقة القائمة بين الدولة المضيفة والمستثمر هي علاقة تنظيمية يخضع فيها هذا الأخير إلى سلطة الدولة المضيفة له من خلال سلطتها في إصدار رخص الاستثمار

---

[1] عصـــام الدين بسيم، النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو .المرجع السابق ص9 . أنظر: أحمد عبد الواحد محمد الفار، أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق، ص 135.

[2] Mohamed Bouhacine L'évolution Des relations Juridiques et industriels entre pays, thèse pour le doctorat d état université de Nice . U E R de droit et sciences économiques le 30 avril 1987 p 42 .

وباقي الإجراءات التنظيمية الأخرى،كما تقوم على مبدأ عدم التفرقة في المعاملة بين الاستثمار الأجنبي والاستثمار الوطني.

ج- تشريعات رادعة: مفاد محتوى هذا التصنيف أن هذه التشريعات تنظر إلى الاستثمار الأجنبي على أنه عنصر أجنبي يهدد الاستقلال الاقتصادي والسياسي للدول المضيفة مما يستوجب مراقبة نشاط الشركات الأجنبية التي تتولى الاستثمار بها والتأكد من أن نشاطها لا يمس بالمصالح الوطنية، لذا فإن هذا النوع من التشريعات يفضل الاستثمارات الوطنية عن الأجنبية ولا يسوي بينهما في المعاملة[1].

إن التصنيف الذي جاء به باتريك جوليار وغيره من الكتاب كان موضع انتقاد حيث يرى البعض أن التشريعـــات المراقبة لا تنطبق على البلدان النامية بل تنطبق على تشريعـــات البلدان المتقدمة، كما أن التفرقة بين التشريعات الرادعة والتشريعات الرقابية تبدو أقل وضوح الشيء الذي يصعب معه تبين حقيقة التفرقة القائمة بينهما ،خاصة وان معظم تشريعات الاستثمار في الدول الناميةتشترك في وحدة الأسس التي تقوم عليها حتى وإن اختلفت في بعض التفاصيل لاختلاف الظروف الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة[2].

كما أن التبرير الذي أعطاه الأستاذ عبد الواحد محمد الفار لصنف التشريعات الرادعة في الدول النامية والذي جاء فيه" أن الدول النامية بمجرد حصولها على استقلالها تلجأ إلى تدعيمه وان الترعة الوطنية بها تؤدي إلى اتخاذ مواقف سلبية تجاه كل ما هو أجنبي لارتباط الاستثمار الأجنبي بفكرة الاستعمار، وانهيار الثقة فيه جعل هذه البلدان تسعى إلى بناء اقتصادياتها بإمكانياتها الذاتية" إن هذا القول لا يوحي بفكرة التشريعات الرادعة بقدر ما يوحي بفكرة الرفض المطلق للاستثمار الأجنبي وهذا مالا يمكن التسليم به مادامت الدول النامية تسعى بشتى الطرق إلى جلب الاستثمارات الأجنبية من خلال تشريعات الاستثمار وغيرها من النصوص القانونية والتنظيمية المختلفة،و أن فكرة الرفض

---

[1] عصام الدين بسيم. النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمو .المرجع السابق ص 53.

-أحمد عبد الواحد محمد الفار أحكام التعاون الدولي المرجع السابق ص 94.

[2]أنظر بدر غيلان. مقال(تشريعات الاستثمار واستراتيجية التعاون المالي العربي)مجلة النفط والتنمية.ط 1978 ص 37.

أنظـــر في ذلك أيضا الدراسة المقدمة إلى المؤتمر الأول لرجال الأعمال والمستثمرين العرب المنعقد بالطائف في شهر نيسان عام 1982 مجلة المصارف العربية العدد 14 مارس 1982 الصادرة عن اتحاد المصارف العربية بيروت ص 23.

Mohamed Bouhacine L'évolution Des relations Juridiques et industrielles entre pays op. Cite p.

المطلق للاستثمار الأجنبي لا نجد لها أثرا سوى في بعض التشريعات التي كانت ترفض بشكل قاطع ا الملكية الفردية[1] مما يقودنا الى تفضيل تصنيف تشريعات الاستثمار إلى نوعين أساسيين هما:

1-تشريعات تحفيزية أو تشجيعية 2- تشريعات مقيدة لوتشريعات رقابية.

إن هذا التصنيف يسمح لنا معرفة التضحيات التي تبذلها الدول النامية في سبيل التوفيق بين رغبتها في الحصول على الاستثمارات الأجنبية ،ورغبتها في بناء اقتصاد مستقل الشيء الذي يفسر تأرجح تشريعات الدول النامية بين التقيد والتشجيع ،وان التفسير الذي أعطي للتشريعات الرقابية أو كما يسماها البعض بالتشريعات التوفيقية ما هو في الواقع إلا تطبيق للتشريعات المقيدة،لأن الدول التي تأخذ بهذا النوع من التشريعات تحاول التوفيق بين الاستفادة من الاستثمارات والاحتفاظ بسيطرتها الوطنية على القطاعات الأساسية وتحقيقا لذلك تضع بعض القيود،كما تحتفظ لنفسها بالقطاعات الحيوية وتترك الباقي للاستثمار الأجنبي سواء كان ذلك بصفة مباشرة أو غير مباشرة كالاشتراك مع المستثمرين عموميين كانوا أم خواص في شكل مشروعات مشتركة[3] .[2]ولتوضيح ذلك نستعرض بعض التشريعات كنماذج لصنفي التشريعات المشجعة والتشريعات المقيدة.

تشريعات الاستثمار المشجعة:

إن الشيء الذي يتميز به هذا النوع من التشريعات هو فتحه مجال الاستثمار أمام رؤوس الأموال الأجنبية دون قيود تذكر ماعدا بعض الإجراءات الروتينية كالتصريح بالاستثمار كما سيأتي تبيان ذلك في التشريع البرازيلي والتشريع المصري.

1- التشريع البرازيلي:

يصنف تشريع الاستثمار البرازيلي ضمن التشريعات المشجعة لا نه لا يتضمن أية قيود بحيث يجوز للمستثمر الأجنبي الاستثمار في أي قطاع من القطاعات ،كما يجوز له أن يعيد تصدير رؤوس أمواله وتحويل الأرباح الناجمة عن ذلك ولا يطلب منهم سوى إجراء شكلي يتمثل في تقييد الأموال

---

[1]تعتـبر الصين حسب رأي بعض الكتاب البلد الوحيد في العالم الرافض للاستثمار الأجنبي،ومع ذلك فان الصين لم تعد كذلك لان الأمر قد تغير. أنظر جورج الراسي. الاشتراكية والشركات المتعددة الجنسيات. المرجع السابق .ص232.

1 عـبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي. المرجع السابق ص 96/95. و كذلك بدر غيلان: تشريعات الاستثمار و استراتيجية التعاون المالي العربي (مقال)، المرجع السابق، ص 37.

الأجنبية التي تدخل أو تخرج[1]،كما يتيح للمستثمرين الأجانب إمكانية الاقتراض من السوق الداخلية الأمر الذي يسمح للاستثمار الأجنبي بالتوسع دون استيراد لرؤوس الأموال ،وهذه النتيجة تخدم الاستثمارات الأجنبية اكثر مما تخدم اقتصاد البلد المضيف باعتبار أن نمو هذه الاستثمارات يتم على حساب الموارد المالية المحلية. ن التشريع البرازيلي[2] يتميز عن غيره من تشريعات الدول النامية لأنه لا يضع قيودا على الاستثمار الأجنبي ،كما انه يعطي حوافز وضمانات وامتيازات كبيرة للاستثمارات الموجهة للتصدير وتخفيض الواردات وقد ساعد هذا الوضع على تدفق الاستثمارات الأجنبية المباشرة وارتفع حجمها إذ بلغت قيمتها حوالي 4 بليون دولارعام1980[3].

2- التشريع المصـــــــــــري:

بعد فشل تجربة البناء الذاتي واجهت مصر مصاعب اقتصادية وسياسية تمثلت في عدم قدرتها على تلبية احتياجاتها من الموارد المالية وارتفاع المديونية الخارجية، ضعف الثقة الدولية في المركز الائتماني لاقتصادها الأمر الذي دفعها لفتح اقتصادها للاستثمار الأجنبي المباشر من خلال سياسة الانفتاح الاقتصادي التي تبنتها وما صاحبها من تعديلات تشريعية أملتها ظروف محلية ودولية، فكان لزاما عليها أن تعمل على تحسين مناخها الاستثماري إن أرادت الحصول على الاستثمار الأجنبي، خاصة وأن الفترة السابقة عن صدور قانون استثمار المال العربي والأجنبي تميزت بإلغاء الامتيازات والقيام بالعديد من التأميمات والمصادرة للأموال الأجنبية[4] ولإعادة بعث الثقة لدى المستثمرين صدر القانون

---

[1]) تتمثل الأموال المحولة في الأرباح والفوائد وعائدات الخدمات الفنية واستغلال براءات الاختراع وأرباح الأموال المعاد استثمارها. حسام عيسى(الشركات المتعددة القوميات) المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت ص 133.

[2]قـانون الاستثمار رقم 1131 الصادر في سبتمبر 1962 والمعدل بمقتضى القانون رقم 4393 الصادر في أوت 1964 وكذلك المرســوم رقم 762/55 الصادر في 17 فيفري 1965 مشار إليه في: حسام عيسى .الشركات المتعددة القوميات المرجع السابق ص 152.

[3]عبد السلام أبو متحف. السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 174.

[4]لقــد صــدرت عــدة تشريعات متفرقة و متباينة منذ إلغاء الامتيازات الأجنبية سنة 1937 فصدر القانون رقم 138 عام 1974 المتضمن منع الأجانب من تملك نسبة تزيد عن 49 % كما صدر قانون يقضي بتحويل شركات التعدين إلى شركات وطنية و في عام 1953 صــدر قانون رقم 156 ينظم استثمار المال الأجنبي و يحدد نسبة الأرباح المحولة بــ 10 % واصل رأس المال بـــ 20 % بعد خمــس سنوات من تاريخ الشروع في الاستثمار. أنظر في ذلك: جميل الشرقاوي: مقال (المقاصد الأساسية لقوانين الاستثمار في الدول العربية) معهد البحوث و الدراسات العربية. ط 1978 ص 8.

رقم 43 لعام 1974 الذي يعتبر تحولا جديدا في موقف المشرع المصري وإن كان البعض يرى بأنه كان متأخرا نسبيا بالمقارنة مع تشريعات بعض الدول النامية التي ظهرت منذ فترة طويلة نسبيا[1] إلا أن ذلك لا يقلل من أهمية قانون استثمار المال العربي والأجنبي والمناطق الحرة لما كان له من تأثير عميق و تحول جذري في الاقتصاد المصري بالانتقال من الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد المنافسة السوقية، ودعما لهذا الموقف فإن المادة الثالثة من قانون استثمار المالي العربي و الأجنبي قد تضمنت المبادئ و الأهداف التي يقوم عليها الاستثمار الخاص والتي تتمثل فيما يلي:

- تحقيق المصلحة المشتركة لكل من المستثمر و الدولة المضيفة على أوسع نطاق.
- تشجيع المشروعات التي تعمل على زيادة الموارد المالية و نقل التكنولوجيا المتطورة.
- إعفاء المشروعات و الشركات التي تعمل وفق هذا القانون من التشريعات واللوائح التنظيمية الخاصة بالقطاع العام، و تحقيقا لهذه المبادئ فإن قانون الاستثمار المصري المعدل بمقتضى القانون رقم 32 لسنة 1977 قد أورد مجموعة من الضمانات والامتيازات نجزها فيما يلي:
- إعفاء المشروعات الموجودة خارج المناطق الحرة من الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية وعائد الأرباح التي يعاد استثمارها، كما يشمل الإعفاء من الضريبة على الأرباح التجارية والصناعية أما الاستثمارات التي تتم داخل المناطق الحرة[2] فإن المشرع المصري يكون قد أعفاها من كافة الرسوم والضرائب بما في ذلك التشريعات الاجتماعية، المستوحاة من النظام الاشتراكي التي تم استبعاد تطبيقها في نطاق علاقات العمل، التي كانت سارية المفعول والمتعلقة بمشاركة العمال في التسيير و اقتسام الأرباح[3] بيد أن الأمر لا يقتصر على الإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية، بل الإعفاء أيضا من الرقابة على الصرف فقد أجاز المشرع المصري إعادة تصدير المال المستثمر فنص في المادة21

---

[1] مـــن بـــين الـــدول الـــتي أنشأت تشريعات للاستثمار منذ مدة طويلة الهند، كوريا الجنوبية، تايوان، الكويت. أنظر: بدر غيلان. تشريعات الاستثمار و استراتيجية التعاون المالي العربي، المرجع السابق، ص 40.

[2] المـــنطقة الحـــرة هي منطقة إقليمية تخضع لاختصاص الدولة صاحبة السيادة عليها، إلا أن الدولة تعلق اختصاصها الجمركي بهدف تشـــجيع و تنمـــية الـــتجارة الدولية، أما المشرع المصري فقد أوجد نوعين من المناطق الحرة هي: المناطق الحرة العامة وتستقبل جميع المشاريع الاستثمارية دون تمييز بينها و المناطق الحرة الخاصة و تضم مشروعات معينة تختلف في شروط تأسيسها عن الأولى، أنظر:

Mohamed Bouhacine L'évolution Des relations Juridiques et industrielles entre pays op. cit. p 48

جميل الشرقاوي (المقاصد الأساسية لقوانين ضمانات الاستثمار، المرجع السابق، ص 23-26.

[3] السيد عبد المولى،المعاملة التفضيلية الضر الضريبية للاستثمارات الأجنبية المقررة في قوانين الاستثمار العربية، المرجع السابق،435.

بأنه (لصاحب الشأن أن يطلب إعادة تصدير المال المتتفع بأحكام هذا القانون إلى الخارج أو التصرف فيه بموافقة مجلس إدارة الهيئة بشرط أن يكون قد مضى على ورود المال خمس سنوات اعتبارا من التاريخ الثابت في شهر التسجيل ما لم يقرر مجلس إدارة الهيئة التجاوز عن هذا الشرط إذا تبين له استحالة تنفيذ المشروع المقبول لأسباب خارجة عن إرادة المستثمر أو لظروف غير عادية يقدرها مجلس إدارة الهيئة)[1].

من خلال النص السابق يتبين أن للمستثمر الحق في استرجاع كافة أمواله بل ويحق له أن يسترجعها قبل استيفاء المدة المقررة قانونا متى استحال عليه تنفيذ المشروع.

إن مفهوم المال لا يعني به الأموال النقدية التي يكون المستثمر قد أدخلها في شكل نقود بل ويعني به أيضا كافة عناصر الاستثمار التي تحتوي عليها المشروع من تجهيزات مادية ونقد أجنبي محمول عن طريق البنوك وحقوق معنوية كبراءات الاختراع والعلامات التجارية والنقد الأجنبي الذي يستخدم في الاكتتاب في الأوراق المالية وفي شراء الأراضي غير المبنية والذي أنفق كمصروفات أساسية على الدراسات الأولية وكذا الأرباح التي يحققها المشروع إذا ما أعيد استثمارها، وبذلك يكون المشرع المصري قد أعطى لمدلول الأموال مفهوما موسعا كما جاء ذلك في نص المادة 8 من قانون استثمار المال العربي والأجنبي .

أما فيما يتعلق بتحويل الأموال فإن القانون المصري قد ترك مهمة تحديد القواعد الخاصة بذلك إلى الهيئة المشرفة على الاستثمار، وقد ثار التساؤل عما إذا كان التحويل خاضعا للإرادة المطلقة للهيئة أم هناك ضوابط تحد من سلطتها ،إلا انه وبالرجوع إلى المادة 22 من قانون الاستثمار[2] يتضح أن الهيئة المشرفة على الاستثمار تخضع لضوابط من بينها:

إذا كانت للمشروع أهمية اقتصادية خاصة في الاقتصاد المصري فانه يسمح بتحويل صافي أرباح المشروع بالكامل، المساكن التي تكون أجرتها بالنقد الأجنبي، أما إذا كانت أجرتها مدفوعة بالنقد المحلي فإن العائد يحول في حدود 6 % ، إن مثل هذه الضوابط تجعل المستثمر في مأمن أكثر لأنه على دراية مسبقة بما ينتظره عند تحويل أمواله، ومع ذلك فان الإفراط في التحويل والتوسع فيه يشكل

---

[1] يـتم الـتحويل في شـكل أقساط متساوية خلال فترات متلاحقة، و قد يحول أصل الاستثمار دفعة واحدة و بقيمة سعر الصرف المعمول به عند التحويل و ليس بقيمة سعر الصرف الرسمي كما كان في السابق، المادة 2 مكرر من القانون32/77 ، حسام عيسى، الشركات المتعددة القوميات المرجع السابق، ص 138.

[2] أنظر في ذلك المادة 22 من قانون الاستثمار المصري ،رقم 1974/13.

خطرا على ميزان المدفوعات وهو ما يفسر لنا اتباع المشرع المصري موقفا مزدوجا من خلال ما ورد في نص المادة 22 فهو من جهة حاول تقييد إرادة الهيئة من خلال الضوابط التي وضعها لها ،ومن جهة ثانية تخويل الهيئة سلطة الرقابة عند التحويل، وقد انعكس هذا الوضع على الاقتصاد المصري بالإيجاب فتزايد عدد البنوك المرخص لها بالعمل في مصر،كما تزايد عدد المشروعات الأجنبية وامتد نشاطها ليشمل كافة القطاعات الاقتصادية الهامة،كالتصنيع والتعدين والطاقة والسياحة والنقل واستصلاح الأراضي وتنمية الإنتاج الحيواني وشركات إعادة التأمين..الخ[1]،ولا يحول دون ممارسة هذه النشاطات سوى إجراء واحد يتمثل في ضرورة الحصول على الإذن المسبق من الهيئة المشرفة على الاستثمار و ضرورة العمل المشترك مع المشروعات الوطنية دون اشتراط أو تحديد لنسبة الاشتراك[2] ،بيد أن المادة 4 فقرة 3 من نفس القانون أجازت لرأس المال العربي و الأجنبي الانفراد بالاستثمار في بعض النشاطات شريطة أن يوافق على ذلك مجلس إدارة الهيئة بأغلبية 2/3 كما أن البنوك التي تمارس نشاطها بالعملات الحرة لا تخضع لمبدأ المشاركة،و قد انتقدت فكرة التنازل عن مبدأ المشاركة التي أقرها المشرع المصري لبعض المشروعات بمثابة المساس بالاستقلال الاقتصادي للدولة المضيفة خاصة إذا كانت تشريعات تلك الدولة لا تلزم المشروعات الأجنبية على التحول فيما بعد إلى مشروعات وطنية خالصة أو إلى مشروعات تكون فيها السيطرة لرأس المال الوطني، كما هو مقرر في بعض التشريعات[3]

بيد أن قانون الاستثمار المصري قد ذهب في تنازلاته إلى حد تقييد سلطة الدولة في ممارسة سيادتها على الأموال الموجودة على إقليمها كما جاء ذلك في نص المادة 7 من قانون الاستثمارات لعام 1974 المعدل بمقتضى القانون رقم 32 لعام 1977 حيث نص على عدم جواز

---

[1] لقد بلغ عدد المشروعات الاستثمارية التي وافقت عليها هيئة الاستثمار المصرية في شهر أوت 1977 ما يزيد عن 400 مشروع ويبلغ رأسمالها قرابة مليار جنيه كما بلغ عدد البنوك المرخص لها 34 بنكا، أنظر: بدر غيلان: تشريعات الاستثمار و استراتيجية التعاون المالي العربي. المرجع السابق، ص 42، السيد عبد المولى، المعاملة التفضيلية الضريبية... المرجع السابق،ص 434-436

[2] تنص المادة 4 من القانون 1974/13 على (أن يتم توظيف مال المستثمر في جمهورية مصر طبقا لأحكام هذا القانون في صورة مشاركة مع رأس المال المصري) حسام عيسى،الشركات المتعددة القوميات. المرجع السابق، ص 139.

[3] يشترط تنظيم الاستثمار لعام 1971 الذي أقرته مجموعة دول الأنديز بأن تتحول المشروعات الاستثمارية الأجنبية إلى مشروعات وطنية أو مشروعات يسيطر عليها الرأسمال الوطني بنسبة 80 % و ذلك خلال فترة تتراوح بين 15 و20 سنة، بيد أن الأمر لا يقتصر على الدول النامية فقد تضمن التشريع الضريبي الكندي تخفيضا على المشروعات التي تزيد من حصة المساهمين الكنديين في رأسمالها، حسام عيسى المرجع السابق، ص 128-134.

التأميم و المصادرة و فرض الحراسة عليه[1] و هذا ما يؤكد قيام تعارض بين أحكام المادة 35 من الدستور و تشريع الاستثمار مع العلم أن الدستور المصري يعتبر من الدساتير الجامدة التي لا يمكن تعديلها إلا وفق إجراءات خاصة ينص عليها الدستور ذاته ناهيك عن أن الدستور يعتبر أعلى مرتبة من التشريعات العادية مما يجعل التشريعات التي تصدر مخالفة له و متعارضة مع أحكامه توصف بعدم الدستورية[2].

لاشك وأن مثل هذا التنازل يشكل التزاما ثقيلا على عاتق الدولة لما فيه من تقييد لسلطتها و سيادتها و عدم مسايرته للتطورات الاقتصادية و السياسية التي قد تحدث ،ويبدو آثار هذه التنازلات قد انعكست سلبا على الاستثمار المحلي مما دفع بنائب وزير الاقتصاد المصـــري إلى الدعوة إلى ضرورة الاحتفاظ ببعض الأنشطة الاقتصادية لصالح المستثمرين المحليين و قد كلفت هيئة الاستثمار بدراسة المشروعات التي يمكن تخصيصها للمستثمرين المحليين،وادخل تعديل على قانون الاستثمار لعام 1974 بمقتضى القانون رقم 32 لعام 1977 الذي سوى في المعاملة بين الاستثمارات الأجنبية المحلية لأن قانون 1974كان يعطي امتيازات وضمانات أوسع للاستثمارات الأجنبية لدرجة أن المستثمر الوطني أصبح يبحث عن الاحتماء بالمستثمر الأجنبي [3]،لقد دفع هذا الوضع إلى ظهور اتجاه يدعو إلى توحيد محتوى النصوص التشريعية وكذا الهيئات المشرفة على الاستثمار لأن العشرية الممتدة ما بين السبعينات وبداية الثمانينات تميزت بظهور عدة تشريعات متباينة في محتواها مما أدى إلى نوع من التضارب و الغموض في أحكامها و الإحالة فيما بينها للأنشطة التي لم يرد بشأنها نص خاص[4]،مما يقتضي دراسة هذه المسالة وعلاجها يتطلب أحد الأمرين وهما:

---

[1] ينص دستور 1971 في المادتين 34و 35و 36 على حق الدولة في التأميم ونزع الملكية.

[2] عاطف إبراهيم محمد: ضمانات الاستثمار في البلاد العربية، المرجع السابق، ص 141.

[3] نبيل صاغ: (مقال) أين دور المستثمر المصري في الإنتاج الاقتصادي، مجلة الأهرام الاقتصادي، العدد 491 فبراير 1976.ص 45 و 46 مؤسسة الأهرام، القاهرة.

[4] مـــن بـــين التشريعات التي صدرت خلال تلك الفترة القانون رقم 65 لعام 1971 الخاص باستثمار المال العربي و المناطق الحرة، القـــانون رقم 43 لعام 1974 المتعلق باستثمار المال العربي و الأجنبي و المناطق الحرة المعدل بمقتضى القانون رقم 32 لعام 1977. القـــانون رقم 59 لعام 1979 الخاص بالاستثمار في المجمعات العقارية، القانون رقم 159 لعام 1981 الخاص بشركات البحث و الاستكشاف.

1- أن تجرى مراجعة شاملة لمختلف قوانين الاستثمار الجاري العمل بها قصد حصر أوجه الشبه و أوجه الخلاف بينها وصولا إلى قانون موحد و شامل للاستثمار على أن يشمل كافة الجوانب القانونية للاستثمارات الوطنية و الأجنبية.

2 إدماج الهيئات الإدارية المشرفة على الاستثمار وسوق المال في كيان موحد للحد من البيروقراطية وإنشاء هيئة وطنية عامة للاستثمار القومي[1]ولو إن الاقتراح الثاني لا يحل المشكلة لأن الهيئة العامة للاستثمار معمولا بها في النظام المصري وفي كثير من التشريعات[2].ويبدو لنا أن الاقتراح الأول أكثر واقعية.

الفرع الثاني

مكانة التشريع الجزائري من تصنيفات تقنين الاستثمار

لقد صنف تشريع الاستثمارات الذي تبنته الجزائر ضمن التشريعات المقيدة لان هذا النوع من التشريعات تميز بتشجيعه للاستثمار الأجنبي بنوع من التحفظ من خلال تقييد نطاق ممارسة نشاطه وفرضه على الاستثمار الأجنبي الدخول في شكل مشروعات مشتركة وعدم السماح له بتملك أكثر من 49 % من راس مال المشروع..إلخ.

لقد عبرت الجزائر منذ استقلالها عن رغبتها في الاستثمار الخاص الوطني و الأجنبي، و لم تتخذ منذ استقلالها موقفا مناهض كما يتجلى ذلك من خلال مبادرتها المتمثلة في إصدارها لقانون الاستثمار عام 1963 و بعده القانون رقم 284/66 لعام 1966 الذي بقي ساري المفعول لفترة طويلة و ما يميز هذا الأخير هو احتوائه على مجموعة من المبادئ و الأسس المتعلقة بمعاملة الاستثمارات الخاصة تراوحت في مجملها بين التشجيع و التقييد[3] و يظهر ذلك جليا من خلال سعي المشرع في جلبه للاستثمار الخاص عن طريق الإعفاءات و الضمانات القانونية الممنوحة و المتمثلة أساسا في:

---

[1]راجع في الاقتراحين: سامي عفيفي حاتم،التامين الدولي. المرجع السابق، ص 348-350.

[2]أنظر في ذلك نظام الشباك الموحد في تشريع الاستثمار الجزائري في قانوني 1993 لترقية الاستثمار وقانون 2001 لتطوير الاستثمار.

[3]أنظر في ذلك عرض الأسباب المرفق مع النص التشريعي لقانون الاستثمار لعام 1966 الجريدة الرسمية العدد 80 الصادر في 1966/09/17 المطبعة الرسمية.

- الإعفاء الكلي أو الجزئي من الضريبة على العقارات لمدة 10 سنوات[1].

- الإعفاء الكلي من الضريبة على الدخل لمدة 5 سنوات على أن لا تتجاوز نسبتها 20 % من قيمة رأس مال المستثمر.

- منح تخفيض ضريبي على التجهيزات و المعدات الإنتاجية و تأجيل دفع الرسوم الجمركية إلى جانب الإعفاءات و المزايا المالية الواردة في المواد14 و16 و 17 من قانون الاستثمار لعام 1966.

غير أن ما يمكن ملاحظته على الإعفاءات الضريبية و المزايا المذكورة آنفا أنها تقديرية وليست وجوبيه كما تنص على ذلك المادة 15 التي جاء فيها" إن المنافع الجباية المشار إليها في المادة 14 أعلاه لا يمكن أن تمنح إلا في الحدود التي تكون فيها الشروط الأولية لاستغلال المؤسسة التي تلتمس هذه المنافع لا تمكنها من تحمل الأعباء الجباية العادية ..."

أما فيما يخص الضمانات القانونية فإن تشريع الاستثمار لعام 1966 قد منح ضمانات ضد المخاطر السياسية من خلال إقراره لمبدأ التعويض عن أي ضرر يصيب المستثمر الأجنبي كما جاء ذلك في المادة الثامنة التي نصت على أنه في الحالة التي تستلزم فيها المصلحة العمومية استرجاع الدولة لمؤسسات تنتفع بأحكام هذا القانون، فإن المستثمر يحصل على تعويض مساو للقيمة الصافية للمشروع و لا يتم الاستيلاء إلا بنص قانوني،دون أن يمنع التأميم كما فعل المشرع المصري.

كما أن المادة 11 من نفس القانون تحمي هي الأخرى المستثمر من خطر عدم التحويل إذ تنص على أن حقوق التحويل التي يقررها القانون مضمومة للاستثمار الأجنبي على أن يراعي عند التحويل التناسب بين المبلغ المحول و المبلغ المستورد. و تعتبر الأرباح القابلة للتحويل والمعاد استثمارها كرأسمال مستورد يضاف إلى ذلك الحق في تحويل العائدات الخاصة ببراءات الاختراع و المساعدات التقنية و المبالغ الضرورية لفوائد القروض المستدانة من الخارج.

و هكذا فإن قانون الاستثمار الجزائري لسنة 66 لم يكن يخلو من التدابير التشجيعية شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات إلا أنه يشترط في الاستثمار الخاص الذي يرغب في الانتفاع بأحكامه

---

[1] راجع فيما يخص الإعفاءات الضريبية و المزايا المالية المواد من 14-17 من قانون الاستثمار رقم 284/66، الجريدة الرسمية العدد 80 الصادرة في 1966/09/17.

مراعاته لبعض القيود من بينها مثلا قبول الاكتفاء بالاستثمار في قطاعات دون الأخرى[1] وتسمى بالقطاعات الحيوية التي تكون حكرا على الدولة و الهيئات التابعة لها.

أما القطاعات غير الحيوية فالاستثمار بها متروك للقطاع الخاص وطنيا كان أم أجنبيا و يجوز للدولة و بمبادرة منها أن تقرر إشراك أو عدم إشراك الرأس المال الخاص في القطاعات الحيوية، فالأمر متروك لها و لسلطتها التقديرية، كما أن مسألة تقسيم القطاعات الاقتصادية إلى حيوية و غير حيوية و استراتيجية و غير استراتيجية قد أثارت كثيرا من الجدل لأنها مسألة يشوبها كثير من اللبس و الغموض و يبقى البت فيها بيد السلطة السياسية. مما يتعين معه البحث في مدلولها.

و تجدر الملاحظة أن هناك من عرفها بأنها القطاعات التي تمارس بها الدولة والمؤسسات العمومية نشاطات اقتصادية، أما القطاعات غير الحيوية فهي التي تسمح فيها لرأس المال الخاص بالاستثمار فيها[2] و في اعتقادنا أن تحديد القطاعات الاقتصادية وتصنيفها إلى حيوية و غير حيوية مسألة موضوعية و ليست عضوية كما جاء في التعريف إذ لا ينبغي تحديدها من منظور الأشخاص القائمين عليها، فالشخص مجرد كيان يسعى إلى تحقيق غاية، و الغاية تحكمها شروط موضوعية يقتضيها النشاط الاقتصادي، كما أن عدم تدخل الدولة في تسيير قطاع معين لا يعني بالضرورة عدم حيويته، و ما يعتبر اليوم حيويا قد لا يعتبر كذلك بعد مرور زمن في مستقبل قريب.

كما أن التوسع السريع للقطاع العام و التوجه نحو التكفل بالفئات الاجتماعية المحرومة و إشباع أكبر قدر من الحاجيات الاجتماعية للمواطنين يحتم على الدولة أن تنظر إلى مختلف القطاعات على أنها حيوية، بيد أن مسألة تصنيف القطاعات الاقتصادية إلى قطاعات حيوية و غير حيوية لا تعتبر خاصية من خصائص قانون الاستثمار لعام 1966 فحسب، بل لقد جاء بها أيضا نص المادة 5 من القانون 88-25 المتعلق بتوجيه الاستثمارات الاقتصادية الوطنية الخاصة الذي صدر في يوليو 1988 مكرسا لهذا المبدأ فنص على أنه" لا يمكن إنجاز الاستثمارات الخاصة الوطنية في النشاطات الاقتصادية المعتبرة استراتيجية...... و بصفة عامة النشاطات المتعلقة بتسيير الأملاك الوطنية".

[1] أنظر في هذا الصدد نص المادة 2 و 8 من قانون 1966 للاستثمارات.

[2] Mohamed bouhacine. L'évolution Des relations Juridiques et industriels entre pays Op. Cit. P54.

إن تشريعي الاستثمار لعامي 1966و 1988 لم يكتفيا بتقييد الاستثمار في القطاعات الحيوية و في إسناد نشاط معين في صورة امتياز لمؤسسة عمومية[1] إنما تضمنا شروطا أخرى أوردهما المادة 21 من قانون 1966 و المادة 7 من القانون التوجيهي للاستثمارات الاقتصادية الخاصة الوطنية لعام 1988 وهذه الشروط تتمثل فيما يلي:

- وجوب الربط بين المبلغ المستثمر و عدد الوظائف الدائمة التي يخلقها ونوعية التقنية التي يستعملها المشروع أثناء مزاولاته لنشاطه.
- مراعاة حجم الاستثمار الجديد المستورد و كذلك حجم الإنتاج المخصص للتصدير أو المعوض للاستيراد.
- مراعاة الجانب التكويني للإطارات الوطنية و اليد العاملة المحلية.
- الالتزام بالعمل في القطاعات الاقتصادية الواقعة في المناطق الأكثر حرمانا.
-ضرورة استخدام المواد الأولية المتاحة محليا وفتح أسواق أجنبية للتصدير و تحقيق الاكتفاء الذاتي من حيث التمويل.

و الجدير بالملاحظة أن تحقيق الشروط السالفة الذكر لا تنطبق الا على الاستثمارات المباشرة، لذا فإن المشرع الجزائري نص صراحة على الصور التي يجب أن يتخذها الاستثمار الخاص و هذه الصور هي:

- المشروعات الفردية المستقلة و المشروعات المشتركة (شركات مختلطة)
-إنشاء مشروعات عن طريق المناقصات وفقا لدفتر الشروط[2].

و تنص المادة السادسة من قانون الاستثمارات الجزائري لعام 1966 على أن تخضع جميع الأشكال التي ذكرناها إلى التشريع الجزائري ،ويبدو أن النص المذكور قد تعرض إلى نقد شديد من طرف البعض،على أساس أن النص بإخضاع المشروعات المذكورة في النص للقانون الجزائري اعتبر مجرد تكرار لأن القانون وجد ليطبق دون حاجة للنص على تطبيقه. لكننا نعتقد بأن ما قصده المشرع من خلال المادة المذكورة هو التأكيد على أن القانون الواجب التطبيق بالنسبة للمشروعات

---

[1] محند اسعد: مقال (التقنيات القانونية في اتفاقيات التنمية الاقتصادية) ملتقى القانون الدولي و التنمية الجزائر من 11إلى 14 أكتوبر 1976، ص 24.

[2] راجع في ذلك المواد 3و 4 و5 من قانون الاستثمارات لعام 1966.

التي تنشأ وفقا لهذا القانون يخضع للتشريع الجزائري و لا يتعلق الأمر بموضوع احترام تطبيق القانون من عدم تطبيقه، خاصة و أن قانون الاستثمار وجد أساسا لتنظيم علاقات بين أطراف مختلفة لم يستقر بشأنها على القانون الواجب التطبيق عليها فجاءت المادة السادسة لتزيل كل التباس وغموض في هذا الشأن.

و الجدير بالملاحظة أن تأكيد المشرع على إخضاع الاستثمار الأجنبي الخاص للقانون الجزائري من خلال المادة 6 من قانون 1966 إنما يعكس التوجه الاقتصادي للنظام المتبع في الجزائر ومدى اعتماده على القطاع الاقتصادي العمومي وعلى المداخيل البترولية،دون اللجوء المكثف لرؤوس الأموال الأجنبية الخاصة، الشيء الذي انقص من فعالية تشريع الاستثمارات لعام 1966 وجعل وظيفته تنحصر ميدانيا في إنشاء بعض الشركات المختلطة رغم وجود إمكانية قانونية لقبول استثمار المشروعات الفردية إلا أن السلطات العمومية الجزائرية آنذاك لم تعط اهتماما لذلك[1]. لكنه وفي إعقاب انهيار أسعار البترول و تدهور الوضع الاقتصادي للبلاد في منتصف الثمانينات وبالتحديد عام 1986 اقتنعت السلطات العمومية بأن النصوص التشريعية التي كانت سارية المفعول آنذاك لم تعد تتلاءم مع الحقائق الاقتصادية و الاجتماعية و السياسية للبلاد و أنه لابد من بديل عنها فبدأ التفكير في إعطاء اهتمام اكبر للاستثمار الخاص بوجه عام،وقد حظي الاستثمار الخاص الوطني باهتمام اكبر على المستويين التشريعي والعملي إذ أصبح يؤخذ بعين الاعتبار عند وضع الخطة الوطنية للتنمية أما على المستوى التشريعي فقد صدرت عدة نصوص تخص الاستثمار الخاص الوطني،[2] إلا أن عدم جدوى و فعالية الاستثمارات الوطنية و الاحتياج المتزايد للاستثمار الأجنبي أدى بالدولة الجزائرية إلى استصدار تشريع جديد يقوم على مبدأ توحيد تشريع الاستثمار الخاص الوطني و الأجنبي من حيث أشخاصه و نطاق تطبيقه كما سنرى ذلك من خلال دراستنا لأهم المحاور التي جاء بها قانون ترقية الاستثمار لعام 1993 ومن بعده قانون 2001.

---

[1]حسب الاعتمادات الممنوحة فإن الاستثمارات المباشرة في شكل المشروعات الفردية اقتصرت على الاستثمارات الوطنية الخاصة التي لم يكن لها دورا فعالا في الاقتصاد الوطني أنظر محند اسعد: التقنيات القانونية في اتفاقيات التنمية الاقتصادية. المرجع السابق، ص 27.

[2]لقـــد أوصـــى المؤتمر الرابع لحزب جبهة التحرير الوطني و لجنته المركزية أثناء انعقاد الدورة السادسة في الفترة الممتدة ما بين 22 و 24 ديســـمبر عـــام 1981 عـــلى ضرورة الإشراك الفعلي للاستثمار الخاص وتجسيده ميدانيا وعلى المستوى القانوني أوصى المؤتمر بضـــرورة إصدار تشريعات خاصة في هذا الشان تمثلت في القانون رقم 82/11 الصادر في 21 أوت 1982 المرسوم رقم 98/83 الصـــادر في 29 يـــناير 1983 المتضمن إنشاء الديوان الوطني لتوجيه الاستثمار الخاص الوطني و متابعته ،و القانون الصادر في 25 يوليو 1988.

الفـــرع الثـــالث

تنظيم الاستثمار الخاص في ظل قانون 1993:

مفهوم الاستثمار .

ينصب مدلول الاستثمار في ضوء قانون ترقية الاستثمار لعام 1993 كما جاء ذلك في المادتين الأولى والثانية،على الأموال المقدمة في شكل حصص عينية و حصص نقدية من رأس المال المستثمر سواء كانت أموالا منشئة لمشروعات استثمارية جديدة أو أموالا مستثمرة في مشروعات قائمة ،مثلما توحي إلى ذلك عبارة (الاستثمارات المنشئة و المنمية لقدرات).كما يعد من قبيل الاستثمار أيضا كل نشاط اقتصادي يؤدي إلى إنتاج السلع و الخدمات[1]

وحسب المفهوم الوارد في المادتين السالفتي الذكر،فان العلامات التجارية و براءات الاختراع و غيرها من الخدمات تعد من قبيل الاستثمار باعتبارها من مكونات عناصر الإنتاج السلعي،مما يفيد أن المشرع الجزائري في ظل هذا القانون يكون قد ركز في تحديد مفهوم الاستثمار على الاستثمارات المباشرة وانه قد اعتمد في تحديده لمفهوم الاستثمار على طبيعة موضوع الاستثمار وليس على إقليمية النشاط وحيويته كما عمل في التشريعات السابقة ،ذلك أن عبارة الإنتاج السلعي التي استعملها المشرع للدلالة على طبيعة و مفهوم الاستثمار في منظور هذا القانون لا يقتصر مدلولها على إنتاج الثروة بل و يعني بها أيضا التداول كما يستنتج ذلك من المادة 25 التي تعتبر من قبيل الاستثمار العمليات المتعلقة بالاستيراد والتصدير و التخزين و التحويل و إعادة التصدير و بذلك يكون المشرع قد أعطى مدلولا واسعا لمفهوم الاستثمار سواء من حيث مدلول الأموال أو من حيث طبيعة نطاقها النشاطي و أن الأولوية التي تبناها المشرع في إطار هذا القانون لا تقوم على خصوصية القطاعات المستثمر فيها(حيوية و غير حيوية كما كان يفعل من قبل) بل الأولوية تعطى على ضوء خصوصيات الاستثمار ذاته كحجم الاستثمار وطبيعة التكنولوجيا المستعملة في المشروع.

إن المفهوم الموسع للاستثمار الذي أخذ به المشرع الجزائري يتماشى مع التعريف الذي جاء به الاقتصادي باتيست ساي jean batist say الذي يعرفه بأنه (مجموعة من الأموال الاقتصادية التي تستخدم في إنتاج منفعة، سواء كانت هذه المنفعة في شكل سلعـــة أو في شكل

---

[1] راجع في ذلك نص المادة 2 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات في الجزائر.المرجع السابق

خدمات)[1] و هذا المفهوم فيؤدي إلى تقسيم شكل الاستثمار إلى استثمار إنتاجي و استثمار غير إنتاجي، وأن المقصود بالاستثمار الإنتاجي هو مجموع الأصول المادية التي تؤدي مباشرة إلى رفع إنتاجية العمل والزيادة في حجم الإنتاج. أما الاستثمار غير المباشر فهو الذي يؤدي إلى التأثير على القدرة الإنتاجية للمجتمع، كالاستثمارات التي تخصص في ترقية وتأهيل اليد العاملة أو الاستثمارات المكملة لبعض النشاطات الأساسية مما يؤدي إلى تحسين مستوى الإنتاج ولو بطريق غير مباشر.

أن الغاية المتوخاة من قانون ترقية الاستثمار تندرج ضمن المسعى التنموي للبلاد و ترقية القدرات الإنتاجية من خلال فتح مجالات الاستثمار بمفهومها الواسع أمام الاستثمار الأجنبي والوطني و خلق المناخ الملائم له لكي يتسنى دفع عجلة النمو الاقتصادي للخروج من حالة الركود و الجمود اللذين يعرفهما الاقتصاد الجزائري منذ فترة طويلة و لن يتأتى ذلك إلا برفع الإنتاج و تحقيق فائض اقتصادي من خلال الاستغلال الأمثل لطاقات الإنتاج المادية منها و المعنوية وترشيد الاستثمارات وزيادة حجم الصادرات خارج نطاق المحروقات.و ما يفسر هذا التوجه،تركيز قانون ترقية الاستثمار[2] علىالنشاط الإنتاجي السلعي والخدماتي، واهتمامه بتشجيع الاستثمارات المنجزة أو الجاري إنجازها[3].

المبادئ و الأهداف:

يقوم قانون ترقية الاستثمار لعام 1993 على مبدأ وحدة النص التشريعي فجاء موحدا للاستثمار الخاص الوطني و الأجنبي لاغيا بذلك النصوص السابقة كالقانون الخاص بالاستثمارات الوطنية الصادر عام 1988 و قانون شركات الاقتصاد المختلط لعام 1986 المتعلق بجلب وترقية الاستثمارات الأجنبية التي تعمل خارج نطاق المحروقات[4].

---

[1] باتيست ساي jean batist say عالم اقتصادي فرنسي عاش خلال الفترة بين (1767-1832) أنظر: محمد بلقاسم حسن بهلول: الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1990، ص 138-139.

[2] مـــن بـــين القوانين التي تعرضت إلى تنظيم انتقال رؤوس الأموال و ترقيتها قانون النقد و القرض 90-10 الصادر في 14 أفريل 1990 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية أبريل 1990.

[3] محمـــد يوسفي: مضمون و أهداف الأحكام الجديدة للمرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات،مجلة إدارة تصدر عن المدرسة الوطنية للإدارة المجلد التاسع العدد 2 - 1999 ص 56-57.

[4] أنظر في ذلك المادة 15 من قانون ترقية الاستثمار لعام 1993.المرجع السابق

إن مبدأ إزالة التفرقة الذي كرسه المشرع بمقتضى تشريع ترقية الاستثمار لم يتجسد في وحدة النص التشريعي فحسب، بل تجسد أيضا في تسوية المعاملة بين المستثمر الوطني و المستثمر الأجنبي ايا كانت طبيعته شخصا طبيعيا أم شخصا معنويا كما نصت على ذلك المادة 38 يحظى الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب بنفس المعاملة التي يحظى بها الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الجزائريون [1]وقد تجسد هذا المبدأ أيضا في قانون الخوصصة[2] الذي سوى في المعاملة بين الاستثمار الخاص الوطني والاستثمار الخاص الأجنبي حينما اقر للأجانب حق امتلاكهم للمؤسسات العمومية المخوصصة كليا أم جزئيا ودون التمييز بيم المؤسسات التجارية والمؤسسات المرفقية هذه الأخيرة التي يعترف لها المشرع بالصفة المرفقية ،و إلا كيف نفسر اشتراط المشرع ضرورة محافظة الدولة على ضمان استمرار الخدمة العمومية بعد الخوصصة.[3]

إن قانون ترقية الاستثمار لعام 1993 قد أخذ أيضا بمبدأ وحدة النشاط الاقتصادي مستبعدا بذلك فكرة التمييز بين ما يعد من القطاعات الحيوية ومالا يعد كذلك متبنيا في ذلك معيارا موضوعيا في تحديده لنطاق الاستثمار، أي من خلال إنتاج السلع و الخدمات وليس على أساس أهمية القطاع الاقتصادي المستثمر فيه، فالمستثمر له حق الاستثمار في أي قطاع متى التزم حدود إنتاج السلع و الخدمات[4] .

و في تقديرنا أن المعيار الذي أخذ به المشرع الجزائري و إن كان موضوعيا باعتباره يقوم على شيء ملموس إلا أنه لا يخلو من العمومية و الغموض لأن كل نشاط يقوم به الشخص يمكن أن يكيف على أنه سلعة كما يمكن أن يكيف بأنه خدمة،ذلك أن مجهود العامل مثلا يكيف عند بعض الاقتصاديين كسلعة، أما عند علماء الاجتماع فيكيف على أنه خدمة.[5]

[1]أنظر في ذلك المادة 49 من المرجع السابق.

[2]أنظر في ذلك المادة 27 من قانون خوصصة المؤسسات العمومية رقم 95-22 الصادر في 26 أوت 1995، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 48 الصادرة في 8 سبتمبر 1995.

[3]أنظر المادة 3 من قانون الخوصصة، المرجع السابق.

[4]راجع نص المادة الأولى من المرسوم 93-12 الصادر في 5 أكتوبر 1993 الخاص بترقية الاستثمار.

[5]يكيف الفكر الماركسي جهد العامل على انه سلعة يحصل عليها الرأسمالي كما يحصل تماما على باقي عناصر الإنتاج الأخرى ويتحد ذلك من خلال عدد ساعات العمل.انظر:السيد عبد المولى.أصول الاقتصاد.المرجع السابق.ص166

إن فكرة التوحيد التي جاء بها تشريع الاستثمار الجزائري لم تقتصر على الإطار القانوني بل شملت أيضا التنظيم المؤسساتي كما يتجلى لنا ذلك من خلال الاعتماد على مبدأ نظام الشباك الوحيد المتمثل في وكالة ترقية و دعم و متابعة الاستثمارات[1] باعتبارها المتعامل المباشر باسم مؤسسات الدولة الأمر الذي يجنب المستثمر إضاعة وقته وجهده في التنقل بين مختلف المصالح الإدارية إذ تنص المادة الرابعة من المرسوم التنفيذي المؤرخ في 17 أكتوبر 1994 المنظم لتكوين و سير الوكالة، على استيفاء الشكليات اللازمة لإنجاز الاستثمارات، كما تتولى الوكالة توفير المعلومـــات ذات الطابع الاقتصادي و التقني و التشريعي المتصلة بممارسة النشاط الاستثماري و بفرص الاستثمار و تستلم التصريح بالاستثمار الذي يودع لديها وتبت فيه بقبولها له أو رفضه.ومن دون شك أن هذه الصفة تجعل الوكالة تقوم بدور مزدوج ،كهيئة تقنية لان المادة 15 من المرسوم التشريعي 12-93 تنص على أن الوكالة مكلفة بالتعرف على المشاريع التي تمثل أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني لا سيما فيما يخص حجم الاستثمار وطبيعة التكنولوجيا المستخدمة و مردودية هذه الاستثمارات على المدى البعيد و هذه الأمور لن يتم التأكد منها إلا من ذوي الخبرة و المختصين تقنيا وهو ما يدفعنا إلى وصف الوكالة بالهيئة التقنية لترقية الاستثمارات ومن جهة ثانية فان الوكالة تعمل كجهاز حكومي يشرف على متابعة وترقية الاستثمار كنشاط اقتصادي خاضع لتنظيم إداري معين كما تنص على ذلك المادة الأولى من المرسوم التنفيذي الصادر بتاريخ 17 أكتوبر 1994" بأن الوكالة مؤسسة حكومية ذات طابع إداري، موضوعة تحت وصاية رئيس الحكومة ،مما يجعل منها هيئة إدارية قبل أن تكون هيئة تقنية،وهذا ما يدفعنا إلى التساؤل عن الدور الحقيقي لها وعما إذا كانت قادرة على التوفيق بين صفتها كهيئة روتين إداري و هيئة تقنية.

إن تشريع الاستثمار الجديد تضمن مبادئ قد تحدث تغيرا نوعيا في عمق التنظيم الاقتصادي الجزائري، من خلال إقراره مبدأ حرية الاستثمار في كافة قطاعات الإنتاج السلعي و الخدمات و اعتراف المشرع للأجانب بحق تملك أصول شركات القطاع العام من خلال إقراره لمبدأ التنازل الكلي أو الجزئي عن المؤسسات العمومية المخوصصة، بغض النظر عن طبيعة نشاطها القطاعي ،ومما

---

[1] نصـــت المـــادة الثامنة من المرسوم الخاص بترقية الاستثمار (12-93) الصادر في 5 أكتوبر 1993 بأن الوكالة تؤسس في شكل شباك وحيد يضم الإدارات و الهيئات المعنية بالاستثمار.

لاشك فيه أن هذا التغيير يمثل انتقالا هاما من النظام الاقتصادي المسير إداريا إلى نظام اقتصادي خاضع لآليات السوق.

كما أن تحديد أولويات الاستثمار في ضوء التشريع الجديد تمثل موقفا مغايرا لما كان معمولا به في التشريعات السابقة فبعد أن كانت الأولوية تحدد على أساس الاحتياجات الوطنية و مبدأ التمييز بين القطاعات الاستراتيجية و غير الاستراتيجية فإن الأولوية حسب القانون الجديد تحدد من خلال خصوصية الاستثمار ذاته أي أن المستثمر هو الذي يتحكم في شروط التمتع بحق الأولوية المقررة له لأن الأولوية مبنية على أهمية حجم الاستثمار و على التكنولوجيا المستعملة،مما يعني أن الشروط التنافسية بين الاستثمارات تعتمد على قدرة صاحب رأس المال[1] و ليس على أساس التفضلات التي تمنحها الدولة لمستثمر دون آخر.

إن مبدأ حرية الاستثمار الذي أقره المشرع في نص المادة 3 من المرسوم التشريعي 12-93 لا يرفض أي مشروع استثمار ما لم يتقدم المستثمر بطلب الحصول على منافع مالية، وجمركية ،و جباية إضافية. فللمستثمر أن يشرع في ممارسة نشاطه دون انتظار أي رد على طلبه من وكالة دعم و ترقية الاستثمار و حتى في حالة عدم الرد بالقبول عن المنافع الخاصة،فإن المشرع قد ألزم الوكالة بالرد على طب المستثمر الرامي إلى الاستفادة بالمنافع الخاصة لان المزايا المالية و الجبائية والجمركية الإضافية تبقى من اختصاص السلطة التقديرية للوكالة و الإدارة الوصية و هو ما يفسر عدم جواز الطعن القضائي في قرار الرفض لطالما إن الحق المطالب به حق استثنائي وان الاستفادة من الامتيازات تعتبر نفعا امتيازيا يتنافى مع مبدأ المساواة بين المنتفعين و لو أن هذا الموقف اعتبره البعض منافيا ومتناقضا مع النص الدستوري[2] ذلك أن المادة 9 ف3 تنص على أن قرار السلطة الوصية غير قابل للطعن قضائيا بينما تقضي المادة 134 من الدستور على أن (العدالة تنظر في الطعون المقدمة ضد أعمال السلطة العمومية).

---

[1] يقصد بالمناطق الخاصة مناطق التوسع الاقتصادي التي تساهم في التنمية الإقليمية، أما المناطق الحرة يقصد بها المناطق المخصصة لعمليات الاستيراد و التصدير أو التخزين و التحويل (المادتان: 20 و25 المرسوم 12-93).

[2] أنظر في ذلك: يوسفي محمد(مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات.مجلة إدارة .المجلد 9العدد2.المدرسة الوطنية للادارة.1999ص 103-104.

إن عدم جواز الطعن القضائي في قرار الرفض للوصاية فيما يتعلق بالامتيازات المطلوبة لا يشكل خرقا قانونيا طالما أن الاستفادة من الامتيازات تعتبر نفعا امتيازيا لمجموعة من المستثمرين يقبلون بأحكام استثنائية لأن الأصل هو مبدأ المساواة بين المتفعين، و ما دام الحق المطالب به حق استثنائي فإن تقييده يصبح أمرا واجبا و أن عدم جواز الطعن فيه قضائيا يمثل استثناء لحكم استثنائي، بينما المادة 134 من الدستور تقرر حكما عاما و من هنا لا نرى وجود تناقض بين النصين المشار إليهما فيما سبق[1]

إن مبدأ حرية الاستثمار قد كرس فعلا في التشريعات الحالية سواء فيما يتعلق بقانون ترقية الاستثمار أو في قانون النقد و القرض من خلال ما تضمنه نص المادة 183[2] من إقرار صريح لهذا المبدأ، إلا أن شروط وآليات ممارسة هذا الحق قد تتولد عنها صعوبات و عراقيل بيروقراطية على سبيل المثال ما تقتضيه الفقرة 3 من المادة 183 من قانون النقد و القرض من وجوب حصول مشاريع الاستثمار على ما يسمى بتأشيرة الملاءمة أو المطابقة من مجلس النقد و القرض و تكليف هذا الأخير بمهام الاضطلاع بمراقبة الملفات و دراستها إلى جانب المهام المالية و النقدية الأخرى يزيد مما يزيد من أعبائه ويؤدي إلى تراكم أعماله لذلك يقترح البعض إسناد هذه المهمة لهيئة أخرى [3]وهو اقتراح نراه مناسبا تفاديا لكل تأخير و تسهيلا لإجراءات تنفيذ المشاريع الاستثمارية لأن الاستثمار يعتبر عملا تجاريا و من صفات الأعمال التجارية السرعة و الائتمان. لذا فان إسناد مهمة تنظيم الاستثمار إلى هيئة مستقلة كما فعل ذلك المشرع الجزائري في قانون ترقية ودعم الاستثمار يعد عملا مناسبا،لأن معظم تشريعات الاستثمار تقضي بإنشاء هيئات مختصة تتولى إرشاد المستثمرين و تذليل العقبات التي

---

[1] يستسيغ البعض فكرة التحلل من الالتزامات الدولية الواردة في الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الدول النامية و الدول المتقدمة والمتعلقة بنظام الامتياز و لا يعد ذلك خرق للقانون الدولي و علتهم ،أن هذه الاتفاقيات تتضمن شروطا غير عادية وأن العمل بما يخالف محتواها يعتبر إحقاقا لمبدأ المساواة و ليس العكس . أنظر أحمد القشيري التأميم في الدول النامية المرجع السابق ص 112 .كما يذهب الدكتور عبد الواحد محمد الفار إلى اعتبار الأوضاع المترتبة عن حقوق الامتياز التي لا تراعي المصلحة العامة للدول المضيفة ، تكون مناقضة لمبدأ العدالة و الإنصاف مما يستحوب عدم الأخذ بها انظر عبد الواحد محمد الفار طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائم دار النهضة العربية ط 1985 ص 54

[2]راجع في ذلك: القانون رقم 90-10 الصادر في 14 أفريل 1990 المتعلق بقانون النقد و القرض،المرجع السابق.

[3]أنظر محمد يوسفي: الاتجاهات القانونية الجديدة في المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات، المرجع السابق، هامش الصفحة 102.

قد تواجههم في إنجاز استثماراتهم وذلك دون حاجة إلى تعاملهم مع جهات متعددة مما يؤدي إلى تلاف تعقيدات العمل البيروقراطي[1]

المزايا و الضمانات القانونية:

لم يشترط المشرع الجزائري في ظل قانون ترقية الاستثمار أية شروط خاصة ما عدا الشروط التي جاءت بها المادة 4 و هي في الواقع ليست بشروط بل مجرد بيانات تخص التصريح بالاستثمار و موقعه و طبيعة نشاطه و الوسائل المستعملة و مدة إنجازه، و لا يعتبر في نظرنا من قبيل الشروط سوى البند المتعلق بالمحافظة على البيئة مما يدفعنا إلى القول بأن المشرع سلك مسلكا تحفيزيا فيما يتعلق بقبول الاستثمارات.

إلى جانب ذلك فإن المواد من 17إلى 19تضمنت تدابير تحفيزية في مجال الإعفاء الضريبي و الجمركي بوجه عام بالنسبة لكافة الاستثمارات، غير أن الباب الثالث من قانون ترقية الاستثمار تضمن تحفيزات خاصة بالاستثمارات المنجزة في المناطق الخاصة و في المناطق الحرة، و تتمثل هذه الإعفاءات أساسا في:

- الإعفاء من ضريبة نقل ملكية العقار.
- إعفاء السلع و الخدمات من رسم القيمة المضافة.
- الإعفاء الضريبي على أرباح الشركات لفترة تتراوح ما بين 5و 10 سنوات.
- تكفل الدولة جزئيا أو كليا بالنفقات المترتبة على أشغال الهياكل القاعدية اللازمة لإنجاز الاستثمار و يمكن لها أن تمنح بشروط امتيازيه أراضي تابعة للأملاك الوطنية بدينار رمزي لصالح الاستثمارات المنجزة في المناطق الخاصة[2]

الضمانات القانونية:إن تشجيع الاستثمار لا يتمثل في مجرد زيادة المزايا الممنوحة للمستثمر، بل يتطلب أيضا التقليل من احتمالات المخاطر، بتوفير عنصري الأمان و الثقة في العلاقة الاستثمارية، لأنه إن كان رأس المال الخاص يستهدف بطبيعته تحقيق الربح فإنه يأمل ،بل ويشترط أيضا أن يتم ذلك في بيئة يسودها الأمان والضمان ذلك أنه مهما أعطيت للمستثمر من إعفاءات و مزايا تبقى عديمة الفائدة طالما أنه لا يوجد ضمان حقيقي ضد الإجراءات الحكومية التي قد تجرده من كامل

---

[1]أنظر:على حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق، ص31.

[2]أنظر المواد من 21 إلى 23 من القانون المتعلقة بترقية الاستثمار المرجع السابق .

ملكيته ومن الامتيازات الممنوحة له و في هذا السياق جاء المرسوم التشريعي رقم 93-12 المتضمن قانون الاستثمار الذي أقر مبدأ التعويض العادل و المنصف في حالة الاستيلاء على الأموال، وأن الاستيلاء لن يكون إلا بنص تشريعي كما أن الضمانات الممنوحة للأموال في نطاق هذا القانون لا يمكن مراجعتها إلا بالموافقة الصريحة للمستثمر [1].

و يمثل هذا الشرط قيدا على سلطة الدولة في مراجعة الضمانات و الامتيازات الممنوحة و هو إجراء لم تعهده تشريعات الاستثمار في الجزائر من قبل.

إن الحماية القانونية التي يوفرها تشريع ترقية الاستثمارات لا تتمثل في الحماية من إجراءات الاستيلاء و نزع الملكية بل تشمل خطر عدم تحويل رأس المال المستثمر حتى و لو كان المبلغ المطلوب تحويله يفـوق رأس المال المستورد كما جاء ذلك في تنص المادة الثانية عشر من المرسوم التشريعي [2]

كما أن المادة 181 من قانون النقد والقرض حدد الأشخاص الذين يحق لهم تحويل رؤوس أموالهم من خلال تبنيها فكرة التمييز بين المستثمر المقيم و غير المقيم و ما يترتب عن هذه التفرقة من حقوق جوهرية بالنسبة لكل واحد منهما لأن المستثمر المقيم لا يتمتع بحق تحويل رأسماله[3] مما يبين لنا أن النصوص التشريعية الجزائرية قد غطت خطر عدم التحويل الذي يصنف ضمن الأخطار غير التجارية .

بيد أن الحماية القانونية التي جاء بها تشريع ترقية الاستثمار لم تقتصر على توفير الضمانات الموضوعية لحماية الاستثمارات الأجنبية،بل امتد نطاقها ليشمل إجراءات التنفيذ في حالة وقوع نزاع و تمكين المستثمر الأجنبي من اللجوء إلى السلطة القضائية لحماية حقوقه لان الغاية الأساسية لا تكمن في تعريف المستثمر بنطاق حقوقه و حدود التزاماته بقدر ما تكمن في البحث عن وسيلة

---

[1] المادة 39 من المرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية الاستثمار.المرجع السابق.

[2] تنص المادة 12 من المرسوم التشريعي 93-12 على أنه(تستفيد الاستثمارات التي تنجز بتقديم حصص من رأس المال بعملة قابلة للتحويل الحر، و مسعرة رسميا من البنك المركزي الجزائري الذي يتأكد قانونا من استيرادها من ضمان تحويل رأس المال المستورد و العوائد الناجمة عنه، و يخص هذا الضمان أيضا الناتج الصافي للتنازل أو للتصفية حتى و لو كان هذا المبلغ يفوق رأس المال الأصلي للمستثمر)

[3] تعرف المادة 181 من قانون النقد و القرض الصادر في 14 أفريل عام 1990 المستثمر غير المقيم بأنهّ الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يوجد مركز نشاطه الاقتصادي الرئيسي خارج الجزائر .

متسقة و محايدة يمكن اللجوء إليها للفصل في المنازعات الاستثمارية التي قد تنشأ بينه و بين الدولة المضيفة و في هذا الشان نص قانون ترقية الاستثمارات على أنه يستفيد المستثمر الأجنبي من الحماية القضائية التي تقررها الاتفاقيات الثنائية و المتعددة الأطراف التي أبرمتها الدولة الجزائرية المتعلقة بالصلح و التحكيم أو أي اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم، كما جاء ذلك في نص المادة 41 و هو موقف تشريعي جد متطور لأن التشريعات الجزائرية السابقة كانت تبدي دائما تحفظها من التحكيم، و يذهب البعض في تفسيره لهذا الموقف إلى أن الجزائر كانت تعتقد أن التحكيم الدولي معناه إحلال هيئات قضائية و تحكيمية دولية محل القضاء الوطني[1]،لذلك جاءت النصوص التشريعية القديمة مكرسة لفكرة عدم اللجوء إلى التحكيم الدولي كما جاء ذلك في قانون شركات الاقتصاد المختلط الصادر لعام 1982 و المعدل عام 1986 الذي لم يكن يسمح باللجوء إلى التحكيم، فالمادة 35 منه تقضي بأن النزاعـــات التي تثور بين الأعضاء المؤسسين يفصل فيها القضاء الجزائري وفقا لقواعد القانون الجزائري الساري المفعول [2] أما النزاعات التي تثور بين شركة الاقتصاد المختلط و الغير فإن القانون لم يتعرض لمثل هذا الاحتمال و لو أن التفسير الضمني للنص يوحي بجواز التحكيم فيها طالما أنه نص صراحة على عدم جواز التحكيم فيما بين الأعضاء المؤسسين لشركة الاقتصاد المختلط دون باقي الأطراف بينما لم يمنع صراحة موضوع اللجوء إلى التحكيم الدولي بالنسبة للنزاعات التي تثور مع الغير،بينما اقر تشريع ترقية الاستثمار مبدأ التحكيم و أصبح قاعدة يعمل بها وخير دليل على ذلك الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف التي أبرمتها الجزائر أو التي انضمت إليها كاتفاقية نيويورك لعام 1958 الخاصة بالتحكيم و بتنفيذ الأحكام التحكيمية التي انضمت إليها في 5 نوفمبر 1988 و اتفاقية عمان لعام 1987 الخاصة بالتحكيم التجاري العربي،و الاتفاقية المتعلقة بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات،و اتفاقية المركز

---

[1] محمد يوسفي: (مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي المتعلق بترقية الاستثمارات)، المرجع السابق، ص71.

[2]راجـــع في ذلـــك قـــانون 23 أوت 1982 الخاص بشركات الاقتصاد المختلط و الذي تم تعديله، و كذلك القانون الصادر في 7 جانفي 1984 المتعلق بالنشاطات المنجمية و قانون 19 أوت 1986 المتعلق بأنشطة البحث والتنقيب و الاستغلال و نقل المحروقات بواسطة الأنابيب.

الدولي لفض المنازعات حول الاستثمار بين الدولة المضيفة و مواطني الدول الأخرى[1] .مما يؤكد على أن التحكيم كأسلوب لحل منازعات الاستثمار،يمثل بالنسبة للجزائر قاعدة عمل في مجال تنظيم وحماية الاستثمارات الأجنبية ولوان صيغة التحكيم والمصالحة الواردة في نص المادة 38 من تشريع ترقية الاستثمار تثير غموضا فيما يخص الأشخاص المعنيين بها ،فهل المقصود بذلك جميع الأشخاص أم رعايا الدول التي أبرمت معها الجزائر اتفاقيات الحماية القضائية بعدم الاحتكام إلى القضاء الوطني ووجوب اللجوء إلى التحكيم الدولي وهنا يجدر بنا القول أن نص المادة 38 توحي في صياغتها إلى أن الأشخاص المعنية بالحماية من خلال إجراء الصلح و التحكيم دون اللجوء إلى القضاء الوطني هم رعايا الدول التي أبرمت معها الجزائر اتفاقيات تقضي بذلك لان الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تقضي بان الأشخاص الطبيعيين والمعنويين الأجانب وان كانوا يتمتعون بنفس المعاملة الممنوحة للأشخاص الوطنيين ألا انهم يحتفظون بما هو مقرر في الاتفاقيات المبرمة بين الدولة الجزائرية والدول التي يكون هؤلاء الأشخاص من رعاياها،وقد يؤدي هذا الوضع إلى أن الحماية التي تقررها الاتفاقيات قد تفـــوق في محتواها ومضمونها الحماية الممنوحة للمستثمـــرين الوطنيين الواردة في قانون ترقية الاستثمار مما يضعف من المركز القانوني للمستثمر الوطني مقارنة بالمستثمر الأجنبي.

الفـــرع الرابع

قانون تطوير الاستثمار

يعتبر قانون تطوير الاستثمار احدث تشريع أصدرته الجزائر في مجال تنظيم الاستثمار بموجب الأمر رقم 01-03 الصادر في 20 أوت عام 2001 ،بعد أن تم إلغاء المرسوم التشريعي المتضمن قانون ترقية الاستثمار،وما يلاحظ على النص الجديد انه جاء مطابقا في معظم أحكام نصوصه للتشريع القديم ولا يختلف عنه إلا في بعض الأحكام،لذا سوف تقتصر في دراستنا لهذا الموضوع على إبراز الأحكام المختلفة بين النصين.

[1] حيث تضمن الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع و الحماية المتبادلين للاستثمارات في مادتها الثامنة على حل الخلافات المتعلقة بالاســـتثمارات فـــيما بيـــنهما عن طريق المركز الدولي لحل النزاعات المتعلقة بالاستثمارات أو بواسطة هيئات التحكيم لغرفة التجارة بستوكهولم. كما تضمنت اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات و ائتمان الصادرات في مادتها 59 و المصادق عليها بمقتضى المرســـوم الرئاسي رقم 96/144 في 23 أفريل 1996 شرط اللجوء إلى التحكيم في حالة قيام نزاع، الجريدة الرسمية. ع26 لعام 1996.

من حيث النطاق:

لم يكن المرسوم التشريعي 93-12 المتضمن لقانون ترقية الاستثمار يسمح بإدخال الاستثمارات العامة المملوكة للدولة ولفروعها ضمن النطاق التنظيمي لتشريع الاستثمار كما يظهر لنا ذلك مما كانت تنص عليه المادة الأولى من النص القديم (يحدد هذا المرسوم النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية الخاصة وعلى الاستثمارات الأجنبية التي تنجز ضمن الأنشطة الاقتصادية الخاصة بإنتاج السلع أو الخدمات غير المخصصة صراحة للدولة أو لفروعها،أو لأي شخص معنوي معين صراحة بموجب نص تشريعي) .

أما النص الجديد المتعلق بقانون تطوير الاستثمار الصادر عام 2001 فان صياغة أحكامه جاءت عامة بما يفيد احتوائه للاستثمار الوطني بشقيه العام والخاص وكذا الاستثمار الذي ينجز في إطار نظام الامتياز و الرخص وهو ما نصت عليه المادة الأولى من الأمر المتعلق بتطوير الاستثمار (يحدد هذا الأمر النظام الذي يطبق على الاستثمارات الوطنية والأجنبية المنجزة في النشاطات الاقتصادية المنتجة للسلع والخدمات،وكذا الاستثمارات التي تنجز في إطار منح الامتياز والرخص). هذه الصياغة الجديدة وان كانت لا تنص صراحة على إدخال الاستثمارات العامة ضمن نطاق هذا القانون إلا أنها تستبعدها بصريح العبارة كما كان الأمر في النص القديم الذي حدد فيه المشرع مجال تطبيقه على الاستثمار الخاص مستبعدا صراحة الاستثمار العام ،كما أن النص الجديد قد وسع من نطاق النشاطات التي تعتبر من قبيل الاستثمار لتشمل العمليات المتصلة الخوصصة مثلما جاء ذلك في المادة الثانية(يقصد بالاستثمار في مفهوم هذا الأمر،استعادة النشاطات في إطار خوصصة جزئية أو كلية).

كما تضمن نص المادة الثانية من التشريع الجديد تعديلا يتعلق بطبيعة الحصص ،بعد أن كان النص القديم ينص على أن تنجز الاستثمارات في شكل حصص من راس المال وحصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي أو معنوي .أما النص الجديد فقد استبدل عبارة حصص من راس المال بعبارة حصص نقدية،دون أن يولي النص اهتماما بطبيعة الشخص المساهم أو المساهم لديه مقتصرا في ذلك بإبراز شكل المساهمة ،(مساهمات نقدية أو عينية) مما يبين أن النص جاء متبنيا لمنهج التعميم والشمولية ومركزا على صفة المال لا على صفة مالكيه،وذلك يعني أن الحماية والتنظيم المستهدفان من القانون الجديد ينصبان على الأموال وليس على الأشخاص وبذلك يكون واضعو

النص قد استهدفوا تحقيق الحماية الموضوعية للاستثمار الأجنبي بغض النظر عن مالكي هذا الاستثمار .

المبادئ التي يقوم عليها قانون تطوير الاستثمار

لقد تضمن قانون تطوير الاستثمار بالجزائر النص صراحة على مبدأ حرية الاستثمار كما ورد ذلك في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة"تنجز الاستثمارات في حرية تامة"ويعتبر ما ورد في هذه المادة تكريسا لما أ أقره نص المادة 183 من قانون النقد و القرض الصادر في 14 أبريل عام 1990 وكذا لما كان منصوص عليه في المرسوم التشريعي 12-93 إلا أن ربط حرية الاستثمار بمراعاة التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة،يجعل من النص المذكور أعلاه نصا غامضا يوحي إلى احتوائه على فكرتين متناقضتين الأولى تكمن في الإقرار بمبدأ الحرية التامة في الاستثمار والثانية تتمثل في وجوب مراعاة التنظيمات المتعلقة بالنشاطات المقننة وحماية البيئة،مما يجعل فكرة مراعاة مثل هذه النصوص تعتبر في حد ذاتها قيدا على حرية الاستثمار،إلا إذ اعتبرنا أن ما قصده المشرع من مفهوم حرية الاستثمار لا يعني الإطلاق في النص،إنما يعني حرية العمل في حدود ما تسمح به القوانين السارية المفعول،عندها فقط يصبح الاستثمار مسموحا ومتمتعا بقوة القانون بالحماية والضمانات المنصوص عليها في نطاق هذا الأمر. ولم يشترط المشرع من المستثمر سواء كان وطنيا أم أجنبيا سوى التصريح بالاستثمار لدى الوكالة التي تغيرت تسميتها في ظل الأمر الجديد فأصبحت تسمى بالوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار[1]ومهمتها تلقي ودراسة طلبات المستثمرين والرد عليها في اجل أقصاه ثلاثون يوما،بينما كان النص القديم يحدد اجل الرد بستين يوما[2]، ويقضي النص الجديد بأنه في حالة عدم تلقي المستثمر الرد من الوكالة يحق له أن يرفع تظلما لدى السلطة الوصية ولهذه الأخيرة مهلة 15 يوما للرد على تظلمه،كما يمكن للمستثمر أن يطعن في قرار الوكالة أمام القضاء مثلما نصت على ذلك المادة السابعة"يمكن أن يكون قرار الوكالة موضوع طعن أمام القضاء"بينما لم يكن النص القديم يسمح للمستثمر برفع أي طعن قضائي سواء كان ذلك ضد قرار الوكالة أو

---

[1] انظر في ذلك نص المادتان 6و21 من آلام رقم01-03 الصادر في 20اوت2001

[2] تنص المادة السابعة من الأمر المتضمن لتشريع تطوير الاستثمار على انه "للوكالة اجل اقصاه30 يوما ابتداء من تاريخ إيداع طلب المزايا، بينما كانت المادة9 من المرسوم التشريعي 12-93 تنص على أن اجل الرد أقصاه 60يوما من تاريخ الإيداع النظامي للتصريح وطلب الامتيازات.

قرار السلطة الوصية[1]وقد انتقد موقف المشرع الجزائري آنذاك فيما يخص موضوع استبعاد الطعن القضائي لتناقضه مع نص المادة 134 من الدستور التي تنص على أن" العدالة تنظر في الطعون المقدمة ضد أعمال السلطة العمومية"مما أدى بالمشرع إلى استدراك موقفه في ظل النص الجديد من خلال ما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة السابعة،ومع ذلك يبقى الغموض قائما حول مدى إمكانية الطعن في قرار السلطة الوصية،لان نص الفقرة الأخيرة من المادة المذكورة تنص صراحة على جواز الطعن في قرارات الوكالة دون أية إشارة لقرارات السلطة الوصية،ويستخلص من هذه الصياغة أن المشرع حاول تفادي الانتقاد الموجه له في طل النص القديم وما يتضمنه من مخالفة صريحة لنص المادة 134 من الدستور،لذا جاء النص الجديد مقرا بحق الطعن القضائي ضد قرارات الوكالة دون السلطة الوصية.

المزايا والإعفاءات:

يمكن القول أن النص الجديد قد صنف المزايا إلى صنفين مزايا عامة ومزايا خاصة وهذان الصنفان وردت الإشارة أليهما في المادتين :9و10 من الأمر المتضمن قانون تطوير الاستثمار[2]،ذلك انه إلى جانب الحوافز الضريبية والجمركية المنصوص عليها في النظام العام،تستفيد الاستثمارات المنجزة وفقا لهذا القانون من مزايا وإعفاءات خاصة لاسيما إذا كانت هذه الاستثمارات تساهم في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية للبلاد أو إذا كانت تستعمل تكنولوجيات خاصة من شاها المحافظة على البيئة وحماية الموارد الطبيعية والادخار في الطاقة وتحقيق تنمية مستديمة، وفي مقابل ذلك يتمتع الاستثمار بالإعفاء من دفع حقوق نقل الملكية فيما يخص العقارات المخصصة للاستثمار،التمتع بتخفيض ثابت بنسبة02% فيما يخص عقود التأسيس والزيادات في راس المال وتتكفل الدولة جزئيا أو كليا بالا شغال المتعلقة بالمنشات الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار،ويعتبر العنصر الأخير من الأمور الهامة التي جاءت بها المادتان 10 و28 من الأمر التشريعي الجديد إلى جانب الحوافز الأخرى الوارد ذكرها في النصين السابقين [3].

---

[1]تنص الفقرة الأخيرة من المادة 9 من المرسوم التشريعي12-93 على"يكون القرار غير قابل للطعن القضائي"

[2]تنص المادة 9 من الأمر رقم 01-03 على انه"زيادة على الحوافز الضريبية والجمركية المنصوص عليها في القانون العام،يمكن ان تستفيد الاستثمارات المحددة في المادتين 1و2 أعلاه ...،..من المزايا...... الواردة في هذه المادة"

[3]نصت المادة28 على إنشاء صندوق لدعم الاستثمار بتمويل من الدولة ومهمته التكفل بأشغال المنشات الأساسية الضرورية لإنجاز الاستثمار .

والجدير بالملاحظة أن موضوع تصنيف المزايا والإعفاءات الوارد في قانون تطوير الاستثمار جاء متضمنا لحقوق الطرفين،ذلك أن نصي الماد تين 9و10 يتضمنان الاستثمارات العادية التي تتم في شكل نشاط استثمار عادي،يتمتع بمزايا وإعفاءات عادية تمنح لجميع المستثمرين،أما الاستثمارات الاستثنائية التي تمثل وضعا خاصا بالنسبة للدولة لما لها من أهمية خاصة بالنسبة للاقتصاد الوطني[1] فان النص قد منحها مزايا وإعفاءات خاصة ولا تكون إلا بمقتضى اتفاقية خاصة تبرم بين الوكالة وبين المستثمر وبذلك يكون النص قد وازن بين الأعباء التي يتحملها المستثمر والمزايا الاستثنائية التي يحصل علها.[2]

الضمانات القانونية:

لقد تناول القانون الجديد موضوع الضمانات القانونية المتعلقة بالاستثمارات في الباب الثالث من هذا القانون والمشار إليها بعنوان "الضمانات الممنوحة للمستثمرين" والواردة في المواد من 14 إلى 17و تتمثل أساسا في:

- العمل بمبدأ المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين وبين الأجانب وفقا للاتفاقيات المبرمة مع الدول التي ينتمون إليها.

-العمل بمبدأ الاستقرار أو مبدأ الثبات،كما يسميه البعض[3] وقد نصت عليه المادة 15 من الأمر رقم01-03 "لا تطبق المراجعات و الالغاءات التي قد تطرأ في المستقبل على الاستثمارات المنجزة في إطار هذا الأمر ،إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة"ويعتبر هذا النص بمثابة تعهد من جانب الدولة بعدم تطبيقها لقوانين جديدة على الاستثمارات المنجزة ما لم يطلبها المستثمر صراحة.

-عدم جواز المصادرة الإدارية إلا في الحالات المنصوص عليها في التشريع المعمول به،أما إذا لم يكن النص المعمول به متضمنا لمثل هذا النوع من المصادرة فانه لا يحق للدولة ولأي جهة أخرى أن

---

[1] لقد تناولت المادة10 نوع الاستثمار الذي يحظى بمزايا وإعفاءات خاصة.

[2] تنص المادة12 على انه"يترتب على الاستثمارات المذكورة في الفقرة2 من المادة 10 أعلاه إبرام اتفاقية بين الوكالة لحساب الدولة وبين المستثمر"

[3] انظر:د.قادري عبد العزيز.دراسة في عقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية.المرجع السابق.ص58.

-محمد يوسفي :مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات.المرجع السابق. ص93

تمارس المصادرة الإدارية على الاستثمارات المنجزة،بينما يتحدث النص التشريعي القديم عن التسخير عن طريق الإدارة وهي صورة من صور الاستيلاء المؤقت على الأموال وليس المصادرة.

-تستفيد الاستثمارات المنجزة، من ضمان تحويل راس المال المستثمر والعائدات الناتجة عنه حتى وان كان ذلك اكبر من راس المال المستثمر[1] ،بينما كانت التشريعات السابقة تقضي بوجوب مراعاة التناسب بين قيمة الاستثمار المستورد وقيمة الأرباح المحولة،كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق.

-تسوى الخلافات التي تثار بشان الاستثمار الذي ينجز وفقا لهذا الأمر للجهات القضائية المختصة ولما هو مقرر في الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف فيما يخص إجراءات المصالحة والتحكيم.

إن الضمانات القانونية الواردة في النص الجديد وان كانت لا تختلف كثيرا عما كان معمولا به في النص التشريعي القديم،إلا أنها تمثل غطاء هاما ضد ما يسمى بالمخاطر غير التجارية لاحتوائها على معظم صور هذه المخاطر واحتواء النص على مبدأ المساواة في المعاملة ومبدأ ثبات النص التشريعي رغم ما يقره القانون الدولي للدول من حق التعديل و الإلغاء بشان نصوصها التشريعية.

ومما لاشك فيه أن تبني النص لمبدأ الثبات يدفع بالمستثمر الأجنبي إلى الاستثمار دون خوف أو تردد طالما أن النص التشريعي يمنحه حماية كافية إلى جانب التسهيلات الإدارية التي تسمح للمستثمر بتقديم طلبه في مكان تواجده مادامت الوكالة الوطنية لتطوير الاستثمار لم تعد تمثل شباكا وحيدا للاضطلاع بمهمة الاستثمار،كما كان الأمر عليه في التشريع القديم ذلك المادة22 من الأمر الجديد المتضمن قانون تطوير الاستثمار نصت على إمكانية إنشاء هياكل لامركزية على المستوى المحلي ومكاتب بالخارج،وبهذه الكيفية يكون النص الجديد قد رعى الجوانب القانونية والمادية المشجعة على الاستثمار متفاديا النقائص التي تضمنتها التشريعات السابقة.

خلاصة القول أن تشريع الاستثمار في الجزائري لم يعد يختلف كثيرا عن تشريعات الاستثمار المصنفة ضمن فئة التشريعات المشجعة، أن لم نقل انه من التشريعات الأكثر تحفيزا للمستثمرين، رغم ما كان يوصف به في الماضي بالتقييد والتشديد مما أدى إلى تصنيفه ضمن إطار التشريعات المقيدة ، ذلك أن الظروف التي عرفتها الجزائر داخليا ودوليا جعلها تغير من موقفها تجاه الاستثمارات الأجنبية ، الشيء الذي يؤكد بان تشريعات الاستثمار ما هي إلا تعبير عن الاختيارات

---

[1] لقد ورد هذا لحكم في المادة 31 من الباب الساد س المعنون بالأحكام المختلفة.

الاقتصادية الجوهرية للدولة التي تتلاءم ومصالحها وليست اختيارا اعتباطيا ظرفيا،مما جعل تشريعات الاستثمار تشترك جميعها في منح المستثمرين الأجانب مجموعة من الامتيازات و الضمانات تكاد تكون متطابقة في مضمونها ولا تختلف عن بعضها البعض سوى في سعة نطاقها بغض النظر عن تصنيفاتها وفي هذا الصدد يقول أحد واصفا تشريعات الاستثمار على أنها"في الواقع ما هي إلا مجموعة من الامتيازات الممنوحة بدرجات مختلفة للمستثمرين الأجانب" .[1]

و مما لا شك فيه أن هذه الحقيقة يدركها المستثمر الأجنبي تمام الإدراك و يعلم أن الامتيازات التي تعطى له في الدولة المضيفة قد تفوق بكثير الامتيازات التي يتمتع بها في بلده الأصلي، إلا أنه يبقى مترددا كلما فكر في نقل رأس ماله و أصوله الإنتاجية خارج وطنه و أن مخاوفه تزداد كلما تذكر بأنه لا يعلم حقيقة الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية والسياسية للدولة التي يرغب الاستثمار بها،و يدرك أيضا،بأن فعالية التشريعات الداخلية للدولة المضيفة لا تكمن في حجم الضمانات والامتيازات الجبائية والجمركية والمالية ذات الطابع التنافسي التي تمنح له،بقدر ما تكمن في قيمتها القانونية وفي استقرار وثبات النظام القانوني الذي يحكمها والإطار المؤسساتي المناسب للاستثمار القادر على خلق المناخ الاستثماري الملائم .فقد يكون التشريع سخيا في معاملته و مغريا في حوافزه إلا انه قد يتحول إلى مجرد حبر على ورق أو نصوص جامدة إذا ما سادت روح التشاؤم و الإحساس بعدم الثقة وعدم الاطمئنان لدى المستثمرين تجاه الإجراءات القانونية و التنظيمية التي تتخذها الدولة المضيفة بمجرد علمه أ ن هذه الإجراءات صادرة عن الإرادة المنفردة للدولة المضيفة،التي تمثل بالنسبة له مصدر الخطر[2] وهو ما يجعل هذه التشريعات عرضة للتبديل و التغيير.ولمعرفة مدى فعالية الحماية التي توفرها تشريعات الاستثمار الوطنية أثير التساؤل حول القيمة القانونية للنصوص التشريعية التي تصدرها الدولة المضيفة المتعلقة بتنظيم الاستثمارات الأجنبية من وجهة نظر القانون الدولي ومدى فعاليتها وهل يمكن الاعتماد عليها في إثارة المسؤولية الدولية عن الأضرار التي تلحق المستثمرين الأجانب من جراء مخالفة أحكام هذه التشريعات؟.

[1] Mohamed- boùhacine L'évolution Des relations Juridiques et industriels entre pays . op. Cit.p 56.

[2] هشام محمد أحمد خالد: عقد ضمان الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية. عام 1986 ص 5.

المبحـــث الثـــاني

الطبيعة القانونية لتشريعات الاستثمار الوطنية و مدى فعاليتها

لقد أثير التساؤل حول القيمة القانونية لتشريعات الاستثمار الداخلية للدول المضيفة من وجهة نظر القانون الدولي و هل يمكن مساءلة الدولة عن الأضرار التي تلحقها بالمستثمرين الأجانب من جراء إلغاء و تعديل تشريعاتها الوطنية مما،يؤدي بنا إلى البحث عن الطبيعة القانونية لتشريعات الاستثمار الداخلية .

المطلـــب الأول

الطبيعـــة القانـــونية للنصوص التشريعية الداخلية

عندما يتضمن التشريع الداخلي للدولة المضيفة منح الاستثمار الأجنبي معاملة ما وفق وضع قانوني معين،ثم يأتي تشريع جديد ليغير من ذلك الوضع فهل يترتب عنه إثارة المسؤولية الدولية وهل يعتبر إخلال الدولة بتعهدها من خلال تعديل وإلغاء تشريعها من قبيل الإخلال بالتعهدات الدولية.هذه التساؤلات أجاب عنها الفقه الدولي من خلال استقرائه لبعض المبادئ القانونية والتي نتناولها فيما يلي:

الفـــرع الأول

مبدأ استقرار النظام القانوني

يقوم هذا المبدأ على فكرة ثبات النظام القانوني وعدم قيام الدولة بتغيير إطارها التشريعي الذي أنجز في ظله الاستثمار الأجنبي، ويعني ذلك أن شرط الاستقرار يهدف إلى منع الطرف المضيف من تعديل المحيط القانوني لصالحه،وكما يقول السيد لاليف في تعريفه لهذا المبدأ بأنه "القانون الواجب التطبيق على العقد الذي يتولى معادلة المفاهيم التعاقدية"[1]

إن عدم تغيير النظام القانوني قد يكون مطلقا عندما تتعهد الدولة بعدم تطبيق أي قانون جديد على عقود الاستثمار السابقة،وقد يكون نسبيا عندما يتعلق الأمر بعدم مراجعة المسائل التي من شانها أن تزيد في الأعباء المالية للمستثمر دون باقي بنود العقد .

والجدير بالملاحظة أن المشرع الجزائري قد نص صراحة في المادة 15 من الامر01-03 الصادر في 20اوت عام2001 على هذا المبدأ مؤكدا على عدم جواز تطبيق النصوص الجديدة على

---

[1] معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.المرجع السابق ص286،287

الاستثمارات القائمة،إلا إذا طلب المستثمر ذلك صراحة ولا يختلف الأمر هنا بين المستثمر الأجنبي والمستثمر الوطني[a].

ويرى البعض أن تنازل الدول عن حقها في تعديل وإلغاء تشريعاتها أمر ممكن من وجهة نظر القانون الدولي لان الدولة مثلما تستطيع تقليص بعض صلاحياتها من خلال ما تبرمه من معاهدات دولية تستطيع أيضا تقليص اختصاصاتها السيادية عن طريق العقد المبرم مع الأجنبي أما إذا كان التنازل ناتجا عن الإرادة المنفردة للدولة،فان ذلك يعتبر من وجهة نظر القانون الداخلي بمثابة تخلي الدولة عن ممارسة سلطتها السيادية،وقد انتقد هذا الرأي من طرف الأستاذ محند اسعد بقوله:"إن التشبيه بين القانونين مجازفة،وان القانون الدولي قانون الدول كدول،ولقد ابعد القضاء الدولي الأشخاص الخاصة من ذلك القانون،فالتفاوض بين الدول وتقليص السيادة الذي تتنازل به الدول لبعضها البعض،يمكن أن يظهر كأحد شروط وجود القانون الدولي نفسه،في حين أن الدولة لا تتفاوض مع الخواص لتقليص صلاحياتها"[1].

كما أن هناك من يفرق بين مبدأ الاستقرار ومبدأ عدم التغيير ويرى بان مبدأ الاستقرار يقوم عندما تتعهد الدولة بعدم تغييرها لنصوصها التشريعية،أما عدم التغيير فيتمثل في عدم قيام الدولة بتغيير أحكام العقد أو الالتزامات والأعباء الواردة فيه دون موافقة المستثمر، مستشهدا في ذلك بما ذهب إليه :ب .فآيل" بان بنود الاستقرار تتعلق بصلاحية عامة تستمدها الدولة من سيادتها،أما بنود عدم التغيير فتتعلق بسلطة لا تتحرك سوى داخل الإطار التعاقدي.."[2]

إن إدراج بند الاستقرار وعدم التغيير ،كما يراه البعض[3]راجع في اغلب الأحيان إلى عدم الاستقرار السياسي الذي تعاني منه معظم الدول النامية وبالتالي عدم استقرار تشريعاتها الجبائية والمالية والجمركية،وان الهدف من إدراج هذا المبدأ تفادي المساس بسلامة العقود المبرمة وضمان سريان الإطار القانوني الذي أنجز فيه الاستثمار ولا يتنافى ذلك مع ما ذهبت إليه بعض الأحكام التحكمية كما جاء في قرار التحكيم الصادر بتاريخ1963/03/15 الخاص بالتراع الذي ثار بين إيران وإحدى الشركات البترولية المعروف بقضية (**سابير**) الذي جاء فيه أن" الشركة الأجنبية تقدم

---

[1]د.قادري عبد العزيز.دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات الدولية المرجع السابق.ص60

[2]د.قادري عبد العزيز.المرجع السابق ص58،59.

[3]يوسفي محمد مضمون و أهداف الأحكام الجديدة في المرسوم التشريعي93-12 المتعلق بترقية الاستثمارات.المرجع السابق ص6

للدولة الإيرانية مساعدة مالية وفنية، تتضمن استثمارات بالنسبة لها ومسؤوليات ومخاطر،ومن ثمة يبدو،حينئذ من الطبيعي أن تحمى ضد التعديلات التشريعية التي يمكن أن تغير من المحتوى الاقتصادي للعقد،وان يضمن لها بعض الأمن القانوني،وهذا ما لا يضمنه لها التطبيق الخالص والبسيط للقانون الإداري الذي يكون لسلطة الدولة الإيرانية القدرة على تغييره"[1]وقد توالت الأحكام التحكمية فيما يتعلق شرط تثبيت التشريعات الداخلية من ذلك القرار التحكيمي المتعلق بقضية"ليامكو liamco الصادربتاريخ1977/04/12 وان الغاية من كل ذلك توسيع نطاق الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية إذا كان الطرف المتعاقد دولة نامية،أما إذا كان العكس،أي أن المتعاقد دولة متقدمة والطرف الخاص شركة تنتمي إلى دولة نامية فقد لا يعمل بهذا الشرط[2].

إلى جانب هذا الموقف فقد قرر مجمع القانون الدولي مبدأ ثبات النظام القانوني في دورته المنعقدة في أثينا باليونان عام 1979 أثناء مناقشته لموضوع القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرم بين الدولة واحد الأشخاص الأجنبية من رعايا الدول الأخرى ،وقد جاء في موقفه من خلال ما نصت علية المادة الثالثة من القرار المتخذ بأنه" يجوز للأطراف الاتفاق على أن أحكاما في القانون الداخلي التي يرجعون إليها في العقد،هي تلك المقصودة في مضمونها لحظة إبرام العقد"[3]

والجدير بالملاحظة أن العمل بهذا المبدأ اصبح منتشرا في كثير من التشريعات الداخلية للدول المضيفة وفي العقود المبرمة بينها وبين المستثمرين الأجانب،من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة18 من قانون الاستثمار الكاميروني لعام 1960والتي جاء فيها أن" اتفاق الإقامة يحدد خصوصا... ضمانات الاستقرار في المجالات القانونية والاقتصادية والمالية،كما في مجال تسويق المنتجات"،وتأكد هذا الموقف أيضا في قانون البترول الليبي الصادر عام1955 وفي بعض العقود كما جاء ذلك في العقد المبرم عام1978 بين تونس وإحدى شركات البترول الأمريكية والذي جاء فيه بأنه يطبق على العقد"القانون التونسي الساري في تاريخ توقيع العقد الحالي"وكذلك ما ورد في المادة15 من

---

[1]معاشو عمار .الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية.المرجع السابق ص296 د.قادري عبد العزيز. المرجع السابق ص56

[2]من أمثلة هذه التلاعبات امتناع الدول الأوروبية على مواصلة تنفيذ العقد المبرم مع شركة آسيوية حول إقامة مصنع للوقود ورفع النزاع إلى هيئة تحكيمية على أساس أن قرار الحظر جاء بعد إبرام العقد،فأجابت هيئة التحكيم على ادعاء الشركة بان هذا القرار يعتبر عملا من أعمال السيادة.التي تعتبر بنص العقد قوة قاهرة.انظر:معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية المرجع السابق.ص 298

[3]معاشو عمار. المرجع السابق .290.

العقد المبرم بين الكامرون وإحدى شركات التنقيب عن البترول واستغلاله وقد نصت على"لا يمكن أن تطبق على الشركة بدون موافقتها المسبقة التعديلات التي تطرأ على أحكام النصوص المذكورة فيما بعد وخلال مدة الاتفاق"[1].

غير أن الفقه أعطى تفسيرا مغايرا لما ذهب إليه القضاء فيما يتعلق مضمون الاستقرار التشريعي ،فبينما ذهبت معظم الأحكام التحكمية التي أشرنا إليها إلى استبعاد تطبيق التشريعات الداخلية من منطلق ثبات النظام القانوني،فان الفقه يرى بان شرط التثبيت لا يعني تنازل الدولة عن حقها في ممارسة سلطتها التشريعية،كما يقول في ذلك الأستاذ **والد** t. walde" أن شروط الثبات لا تعد وسائل لعزل العقد عن الأنظمة التشريعية الوطنية...إن مثل تلك الشروط لا تقضي التنازل الضروري عن الحقوق السيادية،أنها مجرد وعود متميزة للثبات تمنحها الدولة المضيفة للاستثمار".بينما يرى الأستاذ محيو بان هناك اعتقاد ضمني لدى المستثمر،أي الطرف المتعاقد مع الدولة المضيفة بلجوء هذه الأخيرة إلى تعديل تشريعها،بما يخدم مصالحها ولو كان ذلك على حساب الطرف الأجنبي المتعاقد معه.[2]

إن مبدأ ثبات النظام القانوني ما يزال محل خلاف فقهي كبير تتجاذبه مصالح الأطراف فبينما يذهب جانب كبير من الفقه الغربي إلى إقراره حماية لمصالح مستثمر يهم، يذهب جانب أخر إلى عدم الاعتداد بهذا المبدأ لان إصدار التشريعات الداخلية هو حق لكل دولة دون منازع باعتباره مظهر من مظاهر سيادتها و أنه من البديهي أن يشمل هذا الحق مسألة التعديل والإلغاء بالإرادة المنفردة للدولة المضيفة ما دام التصرف لا يمثل تعهدا دوليا ولا يمس بالتزامات دولية وغير مخالف لقواعد القانون الدولي و يسري هذا المبدأ عل جميع تشريعات الدولة دون تمييز،وفي ذلك يقول الأستاذ ابراهيم شحاتة (لا يمكن تقييد سلطة المشرع في إصدار تشريعات جديدة، و إن القول بخلاف ذلك معناه الاعتداء على سيادة الدولة لذلك لا يحق للمستثمر الأجنبي أن يتمسك بحظر

---

[1]معاشو عمار.المرجع السابق ص289،290

[2]معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية.. المرجع السابق ص299.

إصدار التشريعات بالإلغاء أو التعديل، إنما يمكنه المطالبة بالتعويض على أساس ما يمكن أن يلحقه التشريع الجديد من أعباء مالية إضافية استنادا إلى نظرية فعل الأمير) .[1]

و هناك من يذهب إلى أبعد من ذلك فيرى بأنه إذا كان النشاط الذي يمارسه المستثمر الأجنبي يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية، يكون من حق الدولة المضيفة اتخاذ أي تدبير من شأنه الحد من نهب وتبذير ثرواتها باعتبارها الأساس الاقتصادي لها مادام الهدف يرمي إلى حماية ثرواتها الطبيعية،دون أن يؤدي ذلك إلى إثارة مسؤولياتها عما تتخذه من إجراءات في مواجهة الاستثمارات الأجنبية[2].

وقد ساير العمل الدولي هذا الاتجاه فجاء مشروع الاتفاقية الخاص بالمسؤولية الدولية الذي أعدته جامعة هارفرد عام 1961 مؤكدا على مشروعية التصرفات التي تتخذها الدولة و المتعلقة بالتطبيق العادي لقوانينها حتى و إن أدى ذلك إلى حرمان المستثمر من أمواله و ممتلكاته دون تعويض ما دام تصرف الدولة لا ينطوي على تمييز أو إنكار للعدالة أو إخلال بأحكام معاهدة دولية،كما أكد مجمع القانون الدولي و منظمة التعاون الاقتصادي و التنمية على حق الدولة المضيفة فيما تتخذه من إجراءات تشريعية وتنظيمية لاحقة حتى و إن كانت تمس بمصالح المستثمرين [3].

أما الفقيه فاتوروس فيرى بأن الضمانات و المزايا الواردة في تشريعات الاستثمار تنحصر أهميتها في تطبيقها مادامت قائمة، أما ما عدا ذلك فهي مجرد تعبير لجلب الاستثمار[4].

و يرى الأستاذ عصام الدين بسيم أن التعهدات التي تلتزم بها الدول المضيفة في صيغة بيانات سياسية ليس لها في الواقع أية قيمة قانونية ولا يترتب على مخالفتها أو العدول عنها مسؤولية قانونية

---

[1] لقد أسس إبراهيم شحاتة مسؤولية الدولة المضيفة على أساس المسؤولية الإدارية و ليس على أساس المسؤولية الدولية لأن نظرية فعل الأمير صاغها الفقه الإداري و مفادها أنه يحق للمتعاقد مع الإدارة أن يطلب التعويض إذا لحقه ضرر نتيجة إجراءات عامة اتخذتها السلطة العامة أو الجهة المتعاقدة معه فيدفع التعويض في مثل هذه الحالة للمتضرر من قبل السلطة المتعاقد معها و ليس الدولة كمسؤول عن الأضرار، أنظر: أحمد عبد الحميد عشوش،النظام القانوني للاتفاقيات البترولية. المرجع السابق، ص 187.

[2] محمد طلعت الغنيمي: بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام.ط 1974ص 161.

[3] لقد تأكد هذا الموقف بالنسبة لمجمع القانون الدولي عام 1952 أما بالنسبة لمنظمة التعاون الاقتصادي فان ذلك كان بوضع مشروع اتفاقية حماية الملكية الأجنبية عام 1967 ، أنظر في ذلك: أحمد عبد الحميد عشوش: المرجع السابق ص 192.

[4] أحمد عبد الحميد عشوش.النظام القانوني للاتفاقيات البترولية. المرجع السابق ص 193.

تجاه من ارتبطت معهم من المستثمرين، و كل ما في الأمر أنها ستخلق جوا يسوده عدم الثقة و عدم الاطمئنان[1]

و يتبين من خلال ما تقدم أن تعديل و إلغاء تشريعات الاستثمار لا يثير المسؤولية الدولية للدولة المضيفة في حالة إلغائها و تعديلها لتشريعاتها السابقة حتى وان أدى ذلك إلى المساس بحقوق والتزامات المستثمر طالما أن الموضوع لا يتعلق بتعهدات دولية،لان التشريعات الداخلية لا يمكنها أن ترتب تعهدات دولية،وان القوانين الداخلية للدول لا تشكل في ذاتها التزاما دوليا على عاتق الدولة التي تصدرها ،مما يستحيل معه القول بان صدور التشريع اللاحق يخل بالتزامات يحميها القانون الدولي ،فضلا عن ذلك فان تشريعات الاستثمار لا تخلق للمستثمرين الأجانب حقوقا مكتسبة،إنما تضعهم في مركز تنظيمي يجعل افتراض العلم بالتعديل والتغيير أمرا واردا ومحتمل الوقوع وأن التشريع جاء مخاطبا، المستثمرين بوصفهم أشخاص القانون الخاص،بينما إثارة المسؤولية الدولية تقتضي أن تتوجه إرادة الدولة الملتزمة بما أصدرته من تشريعات في مواجهة أشخاص القانون الدولي قصد ترتيب التزام دولي، بينما قوانين الاستثمار التي تصدرها الدولة المضيفة لا يوجد فيها ما يفيد ذلك[2] ،إلا أن ذلك لم يمنع جانب من الفقه القول بمسؤولية الدولة المضيفة عما تحدثه من الأضرار بسبب إلغاء وتعديل تشريعاتها الداخلية مستندين في ذلك إلى مبادئ قانونية يعتبروها من قبيل المبادئ الدولية التي تثير المسؤولية الدولية للدولة عند تعديلها أو إلغائها لتشريعها وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني

الفــــرع الثـــاني

مبدأ الحقوق المكتسبة

لم يستقر الفقه على تعريف موحد لفكرة الحقوق المكتسبة،إلا أن ذلك لم يحل دون إعطاء تعاريف تتضمن معنى الحقوق المكتسبة ولو أن مضمون هذه التعاريف جاء متأرجحا بين الإطلاق والتقييد مما جعل نطاق مضمونها يتسع ليشمل الحقوق العينية والشخصية عند أصحاب المفهوم الموسع،ويضيق عند أو لائك الذين يحصرون مفهوم الحقوق المكتسبة في الحقوق العينية او في الحقوق الشخصية ،لذلك جاءت التعاريف متباينة وان كانت في مجملها لا تخرج عن الإطار الذي أشرنا

[1] عصام الدين بسيم.النظام القانوني للاستثمارات الخاصة في الدول الآخذة في النمو. المرجع السابق، ص 125.

[2] هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية .المرجع السابق.ص 57و58.

إليه،بالنسبة لذوي المفهوم الموسع يعرفون الحقوق المكتسبة بأنها"الحقوق العينية والشخصية التي استقرت وأصبحت ثابتة بطريقة صحيحة طبقا لقانون وطني لدولة والتي لها قيمة نقدية يمكن حسابها"[1]

وحسب هذا التعريف فان وصف الحقوق المكتسبة لا يقوم إلا ا ذا اكتسبت الحقوق بطريقة صحيحة و مشروعة وفقا للقانون الوطني للدولة المضيفة،أما الحقوق التي يحصل عليها الأجنبي ولا تكون مبنية على أساس قانوني أو تكون غير مشروعة فلا يجوز المطالبة بها .

أن تكون الحقوق المكتسبة المطالب بها قد تجسدت في ارض الواقع وليس مجرد وعد أو أمنية وان يتواتر العمل بها دون منازع وتوحي هذا الصفات ،إلى أن الأساس القانوني الذي تستمد منه قاعدة الحقوق المكتسبة صفتها ومصدرها هو العرف الدولي.

كما يعرف الأستاذ محمد طلعت الغنيمي الحقوق المكتسبة بأنها"الحق-عينا كان أم شخصيا- الذي يضفيه القانون المحلي على شخص معنوي أو طبيعي والذي له قيمة مالية"[2]وهذا التعريف كما يبدو في صياغته بأنه لا يختلف كثيرا عن التعاريف السابقة،ذلك انه يقر بان الحق المكتسب قد يكون حقا عينيا أم حقا شخصيا ولو أن صاحبه أضفى عليه نوعا من التقييد فيما يتعلق الحق العيني والحق الشخصي بإضفائه وصف الطابع النقدي عليه مستبعدا بذلك الحقوق الاجتماعية والسياسية كما أن هذا الحق لصيق بصفة الشخص،ذلك انه لا يجوز لأي شخص المطالبة بالحقوق المكتسبة على أموال لا يثبت صفته عليها.

أما التعاريف التي تأخذ بالمفهوم الضيق لمدلول الحقوق المكتسبة فهي التعاريف التي تضفي طابعا عينيا محضا على مفهوم الحق المكتسب أو طابعا ذاتيا يتصل بالحقوق الشخصية كما يذهب إلى ذلك شارل رو سو في تحديده لمضمون الحقوق المكتسبة بحصر نطاقها في دائرة الحقوق الشخصية.[3]

وفيما يتعلق بالأساس القانوني لفكرة الحقوق المكتسبة،يمكن القول أن هذا الأساس يتجاذبه موقفان:

[1]علي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية، المرجع السابق، ص35.

[2]بن عامر تونسي.أساس المسؤولية الدولية.في ضوء القانون الدولي المعاصر.منشورات دحلب.ط 1995ص197

[3]بن عامر تونسي.أساس المسؤولية الدولية.المرجع السابق .ص196

-موقف يرى فيه أصحابه أن تقرير مبدأ الحقوق المكتسبة لا يعني تقييد حق الدولة المضيفة في إجراء التعديلات التشريعية التي تقتضيها الحياة الاقتصادية و الاجتماعية والقانونية لأن قانون الاستثمار الوطني لا يخلق للمخاطبين بأحكامه حقوقا فردية بقدر ما يجعلهم في مركز تنظيمي يجوز تعديله بنفس الأداة القانونية التي أنشئت بها حقوق المستثمر وعليه لا مجال للقول بفكرة الحقوق المكتسبة كأساس لإثارة المسؤولية الدولية[1] بل وهناك من ينكر وجود هذا المبدأ أصلا في نطاق القانون الدولي كما يقول بذلك فريدمان s. friedmann أن هذه الفكرة"بالغة الغموض في القانون الوطني لدرجة أن القانون الدولي لا يكسب شيئا من اقتباسه للفكرة"[2].ويضيف أنصارهذا الرأي أن الحقوق المكتسبة لا يمكنها أن تكون من مبادئ القانون الدولي لان حق الملكية في ذاته ليس موضوع اعتراف من جميع الدول مما قد يؤدى إلى التشكيك بهذه الحقوق كمبدأ من مبادئ القانون الدولي،بل وينتهي الأستاذ محمد بجاوي في تقديره لهذا المبدأ انه غامض ومبهم و مرتبط بالاعتبارات السياسية،وان القول بخلاف ذلك يناقض تماما مبدأ تقرير المصير ومبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية،[3]لذا فان أنصار هذا الاتجاه يخلصون إلى عدم الاعتراف بالصفة الدولية للحقوق المكتسبة، ومن ثم لا يمكنها أن تكون كأساس للتعويض عن الأضرار التي تصيب الأجانب من جراء تغيير الدولة لتشريعها الداخلي ويعتبر الاتجاه الغالب.

الاتجاه الثاني يذهب إلى ا اعتبار فكرة الحقوق المكتسبة من مبادئ القانون الدولي كما يقول في ذلك اللورد(**ماكنير**) :إن مبدأ احترام الحقوق المكتسبة الخاصة المملوكة للأجانب هو مبدأ مسلم به ومستقر تماما ويجد هذا الرأي تأييدا له في بعض أحكام التحكيم الدولي حيث جاء في بعضها (أن احترام الملكية الخاصة والحقوق المكتسبة للأجانب يعتبر بغير منازع جزء ا من المبادئ العامة التي يعترف بها قانون الشعوب)[4]وهو موقف سبق لمحكمة العدل الدولية الدائمة أن أقرته في حكمها الصادر في 1923/09/10 في قضية سيليزيا العليا.

---

[1] د.هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية. المرجع السابق .ص59

[2] بن عامر تونسي. نفس المرجع السابق .ص196

[3] بن عمر تونسي.نفس المرجع السابق.ص205-208

[4] بن عامر تونسي. أساس المسؤولية الدولية. المرجع السابق .ص199

وخلاصة القول أن أنصار هذا الاتجاه يقرون بمسؤولية الدولة المضيفة عن عدم احترامها للحقوق المكتسبة وعن إخلالها المترتب عن تعديل و إلغاء تشريعها[1]،ولو أن هناك من يميز بين الإلغاء والتعديل ويرى بان الإلغاء وحده هو الذي يثير المسؤولية،كما يستشف ذلك مما قاله الأستاذ (**امدور**) ((إن المساس أو عدم احترام الحقوق المكتسبة يقصد به كل إجراء يهدف بصورة مباشرة إلى إلغاء الحقوق الشخصية ذات الصبغة المالية كليا أو جزئيا مؤقتا أو بشكل دائم أو مستمر)[2]

إن فكرة الحقوق المكتسبة لا تعدو أن تكون مجرد تكريس لإرادة الأقوياء على الضعفاء لأنها تتنافى ومبدأ المساواة في السيادة بين الدول، فمن غير المعقول أن تجبر الدول على الاعتراف بشيء لم ترتضيه و لم تكن يوما طرفا في إنشائه فهذه القاعدة وجدت في ظروف تاريخية معينة ويفترض زوالها بزوال تلك الظروف.

الفـــرع الثـــالث

مبدأ عدم التعارض في المواقف وتنفيذ الالتزامات بحسن النية

يستمد هذا المبدأ أساسه من فكرة اعتراف الشخص بما سبق له أن اقره وذلك تجسيدا لفكرة الإقرار حجة على المقر وهي فكرة تجد أساسها في القانون المدني[3]، و ما يقابل هذا المعنى في فقه القانون الدولي هو ما اصطلح على تسميته بنظرية (estoppel)[4] ومؤداها أنه إذا قام شخص بحمل الغير على الاعتقاد بوجود وضع معين مما يدفع به إلى التعامل معه استنادا إلى ذلك الوضع فإن الشخص الأول الملتزم لا يجوز له أن يدعي قبل الغير بوجود وضع مخالف لما ادعى وجوده ،إذا ليس من حقه بعد ذلك، أن يتخذ موقفا يناقض ما قبله صراحة أو ضمنا متى نتج عن ذلك ضررا أصاب الطرف الأخر، أي أن الدولة المضيفة عند إصدارها لأي تشريع من تشريعات الاستثمار أو أي التزام تمنح بموجبه ضمانات و مزايا تدفع بالمستثمرين إلى الاعتقاد بوجود وضع

---

[1] أحمد أبو الوفاء محمد: الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية ط 1996 ص 542.

[2] لقد ورد ذلك في قرار التحكيم الصادر بشان قضية goldenberg et fils c/ Etat Allemande بن عامر تونسي. نفس المرجع السابق .ص 199

[3] لقـــد تضمنت المادة 341 من القانون المدني الجزائري هذا المبدأ و عرفته بأنه اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه.

[4] عـــلي حسين ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية، المرجع السابق،ص 34. وكذلك ،عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص.المرجع السابق، ص58

قانوني معين و مناخ استثماري يدفعهم على الاستثمار بالدولة المضيفة وبعد تنفيذ الاستثمار تقوم بتغيير ذلك الوضع ،في هذه الحالة تكون قد زعزعت ثقة المستثمرين و أخلت بالتزاماها،عندها تكون الدولة المضيفة قد أخلت بالتزاماها نحو من أقرت تجاههم بوجود وضع قانوني معين غير الوضع القانوني الجديد.

غير أن جانبا من الفقه ينكر تطبيق هذه النظرية،ويرى بأن نطاق تطبيقها في القانون الدولي يقتضي أن يكون التصرف الذي قامت به الدولة مستهدفا ترتيب التزام دولي و ليس مجرد تصرف داخلي[1].

غير أننا وان كنا نسلم بموضوعية هذا الانتقاد فان ذلك لا ينفي ضرورة تنفيذ الدولة لالتزاماها إعمالا لمبدأ حسن النية،لان الدولة وفقا لهذا المبدأ الأخير مطالبة بتنفيذ التزاماها تجاه جميع من ينصرف إليهم اثر تصرفها الضار فلا يجوز لها أن تقوم بتصرفات مناقضة لما التزمت به من قبل و إلا فما الفائدة من إصدار تشريع يتضمن منح المستثمرين امتيازات ومزايا مالية وقانونية او يتضمن شرط الاستقرار أو الثبات إذا كان بإمكان الدولة أن تتحلل من تعهداها بمجرد مواجهتها لأبسط المصاعب ،كما انه ليس من المعقول أيضا الادعاء بثبات النظام القانوني بصفة مطلقة.

من هنا يأتي مبدأ حسن النية كأساس لحل هذه المعادلة المزدوجة،فإذا كانت الدولة قد لجأت إلى سلطتها التشريعية للتخلص من تعهداها فان ذلك يثير مسؤولياها بعد إثبات سوء نيتها مع افتراض حسن النية في ممارسة حقها الطبيعي لسلطة التشريع ولتحقيق ذلك لابد من توافر شرطين:

1)الالتزام بإصلاح وتعويض الطرف المتضرر عن الإخلال بالتوازن المالي.

2)أن يكون الأجراء التشريعي المتخذ مبنيا على المصلحة العامة ولا يستهدف المساس بشخص معين.

إن الشرطين السابقين وان كانا لا يخرجان عن إطار ما تقرره قواعد للقانون الدولي التقليدي من احترام الدولة لتعهداها في حدود مقتضيات المصلحة العليا وعدم التمييز وتعويضها للطرف المتضرر لان حق أصحاب الأموال في حصولهم على التعويض يماثل الحق المتخذ من قبل الدولة تأسيسا على فكرة المصلحة العامة[2]،مما يؤدي إلى تحقيق نوع من التوازن في المصالح بين الأطراف

---

[1]علي حسين ملحم. نفس المرجع السابق، ص 35.

[2]عبد الواحد محمد الفار:طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية .المرجع السابق ص24

وفي تحديده للدور الذي يلعبه مبد أحسن النية يقول الأستاذ محمد طلعت الغنيمي "أن مبدأ حسن النية يقوم بدور المنسق بين هذه القواعد والمفسر لا حكامها والموائم بين المتنافر والمتناقض من أحكامها"[1] بينما يعتبر (**شنج**) أن عدم التزام الدول بمبدأ حسن النية يجعل من القانون الدولي مجرد سخرية، ويعني ذلك أن مبدأ حسن النية ليس مجرد قاعدة دولية إنما هو أساس القانون الدولي، وقد نصت عليه اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات معتبرة إياه كأساس فيما يتعلق بتنفيذ المعاهدات أو تفسيرها [2]، كما اخذ به القضاء الدولي في مناسبات عديدة [3]، أما عن مدى اعتباره من مبادئ القانون الدولي فان ذلك يقتضي منا تحديد إطار ومفهوم المبادئ العامة للقانون ولو بإيجاز .

وحسب الأستاذ سامي عبد الحميد فان إطار المبادئ العامة للقانون لا يخرج عن نطاق النظم القانونية الأساسية والمتمثلة في" النظام الغربي اللاتيني، والنظام الغربي الأنجلوسكسوني، والنظام الماركسي، والشريعة الإسلامية" [4]، وانه منذ النص على هذه المبادئ في المادة 1/38ج من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والاهتمام بها في تزايد مستمر، كما تضمنتها أيضا اتفاقية واشنطن لعام 1965، وكذا بعض العقود، كالعقد المبرم بين الجزائر وشركة getty petrolum الذي نص على تطبيق قانون الدولة الجزائرية وبصفة تكميلية تطبيق المبادئ العامة للقانون، كما وردت الإشارة إلى المبادئ في العقد المبرم بين الشركة الأسبانية للبترول، وشركة البترول الكويتية والذي نص على تطبيق المبادئ المشتركة في قوانين البلدين دون المبادئ المعترف بها في الدول المتحضرة وكذا المبادئ التي تطبقها المحاكم الدولية[5] ويعتبر ما ورد في هذا العقد تضييقا لمفهوم المبادئ العامة

[1] محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام. منشاة المعارف بالإسكندرية .ط1982 ص476

[2] يتعلق نص المادة 26 من اتفاقية فينا بتنفيذ المعاهدات بحسن النية بينما يتعلق نص المادة 1/31 بتفسير المعاهدات بحسن نية وفقا لألفاظ المعاهدة ولغرضها وموضوعها.

[3] لقد ورد ذلك في حكم محكمة التحكيم الدولية في النزاع الذي ثار بين الولايات المتحدة وبريطانيا في قضية الصيد في شمال الأطلنطي من خلال الحكم الصادر في7سبتمبر1970. كما وردت الإشارة الصريحة لهذا المبدأ في النزاع الذي ثار بين فرنسا وإسبانيا حول بحيرة lanoux .انظر: بن عامر تونسي. أساس المسؤولية الدولية.المرجع السابق ص188 و 189.

[4] عبدا لواحد محمد الفار:طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق.ص84

[5] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية.المرجع السابق ص93

للقانون بل ويتماشى مع ما ذهب إليه البعض[1] من ضرورة وضع شروط تجنب الدول الحديثة العهد بالاستقلال الوقوع في قبضة الدول الغربية وهذه الشروط هي:

1-أن تكون هذه المبادئ مستوحاة من الأنظمة القانونية التي تسود العالم وليس المبادئ المسماة بمبادئ الأمم المتحضرة،تفاديا لما ذهب إليه بعض المحكمين في تطبيقهم لقوانين دولهم باعتبارها مثلا لهذه المبادئ مع أنها غير ذلك،وهذا الشرط يتماشى مع ما ذهب إليه البعض من عدم اعتبار المبادئ العامة مصدرا للقاعدة القانونية الدولية ما لم تكن من المبادئ المسلم بها في النظم القانونية الداخلية لكافة الدول دون استثناء،أما ربط هذه المبادئ بالنظم القانونية للدول المتحضرة أمرا لم يعد مستساغا وليس له تبرير بعدما تغيرت تركيبة المجتمع الدولي،وتباينت الأنظمة القانونية للدول

2-أن تكون مكملة لما قد يشوب قانون الدولة المضيفة من غموض.

3-أن لا تتخذ كستار لتدويل النظام القانوني للعقود بحجة أنها من ا لمبادئ العامة للقانون الدولي.

أما **جوجنهايم** ،فيرى أن الغرض من الإشارة إلى هذه المبادئ في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية هو(تدارك النقص في النصوص الاتفاقية والعرفية عند نظر النزاع،فيلجأ القاضي إلى تطبيق المبادئ المستوحاة من النظم القانونية الأساسية ومعناه أنها وجدت في الأساس لتلبية حاجيات القانون الدولي وليست مستقاة من القانون الداخلي)[2].

أما الفقيه **موريللي** فيعتبرها بمثابة معايير تسترشد بها المحكمة عند تأكدها من عدم وجود قاعدة قانونية تطبقها على النزاع المعروض عليها [3].

إن الدور المنوط بهذه المبادئ و المتميز عن قواعد القانون الدولي،يجعل منها أساسا للقانون الدولي لما تتضمنه من قيم مشتركة تسود معظم النظم القانونية في العالم،ولو أن فكرة الاشتراك لا تعني لدى البعض الاشتراك في القيم ذاتها إنما تعني الاشتراك في النص عليها كقواعد داخل تلك

---

[1]يقول بذلك الأستاذ سامي عبد الحميد .انظر: عبد الواحد محمد الفار، طبيعة القاعدة الدولية...المرجع سابق.ص 85،86.

[2]انظر في ذلك:عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية···.المرجع السابق.ص 85.

-عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية.المرجع السابق ص94.

[3]عبد الواحد محمد الفار.المرجع السابق.ص85

الدول وكتأكيد لهذا المعنى يقول الفقيه :**لوفير**(انه لكي يمكن اعتبار،المبادئ العامة مصدر قاعدة دولية،لابد أن يكون لتلك المبادئ وجود في التشريعات الداخلية لأغلبية الدول[1]

أما الأستاذ محمد طلعت الغنيمي فيرى أن ((مبدأ حسن النية يجب إن ينظر إليه على انه من أحكام النظام العام الدولي لان القول بغير ذلك يعني أننا نقر للدول بان تمارس حقوقها في صورة مطلقة لا يحدها حدا طبقا لقانون جامد الأمر الذي ينتهي-لا محالة- بالقانون الدولي إلى الفناء"[2].

كما أن محاكم التحكيم قد اعتبرت المبادئ العامة مرادفة للمبادئ العامة للقانون الدولي، ويعني ذلك أن مبادئ القانون الدولي لكي تكون من المبادئ الواجبة التطبيق يجب أن تتطابق في محتواها وفي مضمونها مع المبادئ المشتركة فيما بين الدول أو على الأقل أن تكون من ضمن المبادئ التي تعترف بها الأنظمة القانونية للدول المتنازعة وبذلك حتى يكون الإخلال بها منتجا ومثيرا للمسؤولية الدولية.

---

[1]عبد الواحد محمد الفار.المرجع السابق .ص86.

[2]محمد طلعت الغنيمي : الوسيط في قانون السلام..ص475 ، عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية.المرجع السبق ص94.

الفصـــل الثـــالـــث

الحماية القانونية التي توفرها الدولة المصدرة للاستثمار

تمهيـــد:

لقد أدركت الدول الصناعية المتقدمة منذ فترة طويلة الدور الهام الذي يلعبه استثمارها خارج نطاقها الوطني،في مجال غزو الأسواق الخارجية و توفير المواد الأولية التي تحتاج إليها صناعتها منذ عهد التجاريين[1] ، مما دفعها إلى تبني سياسة تشجيع حركة تنقل رؤوس الأموال التي يستثمرها في الخارج، و إدراكا منها لأهمية ذلك،وضعت أساليب و أنماط قانونية لحماية ممتلكات رعاياها من المخاطر التي قد تتعرض لها في الدول المضيفة وذلك من خلال آليات الحماية الإجرائية المتمثلة في نظام الحماية الدبلوماسية و آليات موضوعية تمثلت في أنظمة الضمان الوطني، الموضوع الذي سنتناوله في مبحثين كما يأتي تبيان ذلك على النحو الآتي:

المبحـــث الأول

نظام الحماية الدبلوماسية (ماهيته وشروط ممارسته)

إذا لم يحصل المستثمر الأجنبي على حقوقه بواسطة وسائل الحماية المتاحة له على الصعيد الداخلي للدولة المضيفة، فإن ذلك لا يعني ضياع حقوقه، بل بإمكان دولته أن تحل محله للمطالبة بحقوقه استنادا إلى مبدأ نظام الحماية الدبلوماسية وهو نظام إجرائي عرفته الدول منذ فترة طويلة حيث عرفت له تطبيقات عديدة قديما وحديثا في مجال العلاقات الدولية إلا أن نطاق مضمون الحماية الدبلوماسية و شروط تطبيقها و الآثار المترتبة عنها تثير خلافا، حول مدى إمكانية إخضاع الشخص الأجنبي المتواجد في إقليم دولة غير دولته لأنظمتها،وهل يمكن لدولته أن تحميه في حالة ما إذا أصابه ضرر في الدولة المقيم بها نتيجة اتخاذها لإجراءات تعسفية أو نتيجة عدم احترامها لتعهداتها، هنا يمكن القول أنه من بين المبادئ المستقر عليها في عرف القانون الدولي أن الشخص الأجنبي يتمتع بما يعرف بالحد الأدنى من الحقوق و أنه على الدولة الالتزام بعدم المساس بها، ولو أن

---

[1] المذهـــب الـــتجاري :ويقصد به مدرسة اقتصادية ظهرت في نهاية القرن 15 بزعامة توماس مان، الذي كان يرى بأن ثروة بريطانيا أساسها التجارة الخارجية. د. سعيد النجار: تاريخ الفكر الاقتصادي المرجع السابق، ص 38 و.39

فكرة الحد الأدنى من الحقوق، فكرة يعتبرها البعض مبهمة و غير محددة و لعل أخطر تفسير أعطي لهذا المفهوم ما ذهبت إليه الولايات المتحدة و الدول الغربية بتأكيدها (أن هناك حدا أدنى من العدالة ينبغي أن توفره الدولة للأجنبي، حتى و لو كانت لا توفره لمواطنيها، فإن كان النظام القانوني لتلك الدولة لا يتفق وذلك المستوى على الرغم من أن شعب ذلك البلد قد يكون قانعا به، أو مرغما على العيش في ظله، فإنه لا يمكن إرغام أي بلد آخر على قبوله نظاما لا يوفر سبيلا مرضيا لمعاملة مواطنيه فيه)[1] فمن هذا المنطلق يأتي نظام الحماية الدبلوماسية لحماية الرعايا الأجانب .

المطلـــب الأول

نظام الحماية الدبلوماسية وموقف الفقه والقضاء الدوليين منه

إن حق الدولة في الحماية الدبلوماسية لرعاياها يقوم على أساس أن الضرر الذي يصيب أحد رعاياها إنما هو ضرر قد يصيب المجتمع برمته مما يتيح لدولة المتضرر حق مقاضاة الدولة المتسببة في الضرر و مطالبتها بالتعويض عن ذلك[2] .

الفـــرع الأول

ماهيـــة نظام الحماية الدبلوماسية

إن الحماية الدبلوماسية كما يعرفها Louisa dubious إنما هي عمل تقوم به دولة لدى دولة أجنبية أخرى للمطالبة باحترام القانون الدولـــي أو الحصول على بعض المزايا،أو كما يعرفها: Henri capitant بأنها تصرف تقرر فيه دولة ما بأن تأخذ على عاتقها نزاع أحد رعاياها ضد دولة أخرى و ترفع ذلك النزاع إلى المستوى الدولي من خلال الطريق الدبلوماسي أو الطريق القضائي[3] و حسب هذا المفهوم فإن نظام الحماية الدبلوماسية يشمل كافة التصرفات التي تتخذها السلطات القنصلية و الدبلوماسية لدولة ما، ضد دولة أخرى يتواجد فيها رعاياها بغرض الدفاع عن حقوقهم و حمايتهم من الإجراءات التعسفية التي قد تستهدفهم في الدولة المقيمين بها، كما هو الشأن في قرار التأميم مثلا. و قد تلجأ الدولة إلى مطالبات قضائية في حالة وقوع الضرر و يتنقل النزاع من طابعه الدبلوماسي إلى طابعه القضائي، و يرجع الفقه سبب قيام الدول بتدخلها

---

[1] عبد الواحد محمد الفار: طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية، دار النهضة العربية، القاهرة ط 1985. ص14-13 .

[2] هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 102.

[3] رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. ط 98. ص 49.

دبلوماسيا، لكون أن الفرد لا يحق له مقاضاة الدولة المتواجد بها أمام القضاء الدولي لأن القانون الدولي لا يعترف له بالشخصية القانونية الدولية لعدم توفره على شرطين، التعبير عن الإرادة الذاتية في مجال القانون الدولي و التمتع بالحقوق و الالتزامات الدولية[1]، و تفاديا لما قد يصيب هذا الفرد من أضرار يتعذر فيها حصوله على ترضية مناسبة من القضاء الداخلي لدولة الإقامة، تلجأ الدولة التي ينتمي إليها الشخص بتبني نزاعه، و قد أقر الفقه و القضاء لها بذلك من خلال بعض التطبيقات الدولية من بينها حكم محكمة العدل الدولية في قضية (مافروماتيس) و قد جاء في الحكم المذكور بأنه (من المبادئ الأساسية في القانون الدولي أن يكون للدولة الحق في حماية رعاياها عندما يلحق بهم ضرر نتيجة إجراءات مخالفة للقانون الدولي ترتكبها دولة أخرى و يكونون غير قادرين على أن يحصلوا منها على ترضية مناسبة عندما يسلكون الطرق العادية)[2]

و رغم إقرار المجتمع الدولي لهذا الحق إلا أن ممارسته تقتضي توافر بعض الشروط وفي مقدمة هذه الشروط أن تكون هناك رابطة قانونية بين الشخص المتضرر و الدولة التي تدعي الحماية الدبلوماسية له، لذلك فإن شرط الجنسية يعتبر شرطا أساسيا لممارسة حق الحماية الدبلوماسية، بيد أن شرط الجنسية ليس هو الشرط الوحيد لممارسة حق الحماية الدبلوماسية إنما على المتضرر استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية، لأن مبدأ حق الدولة في حماية رعاياها يقابله أيضا مبدأ حق الدولة المضيفة في إخضاع نشاطات الأجانب الموجودين على إقليمها إلى سلطتها، مما قد يؤدي إلى تعارض بين الحقين ويصبح من الصعب على حكومات الدول الأجنبية ممارسة حماية مصالح رعاياها.

إن حق الحماية مخول للدولة و ليس للمتضرر من هنا فإن الدولة هي وحدها التي تقرر ما إذا كانت ستمارس هذا الحق من عدم ممارستها له تبعا لظروفها و مصالحها مع الدولة المتسببة في

---

1 عبد القادر القادري: حول الحماية الدبلوماسية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد، كلية العلوم القانونية و السياسية الاقتصاد بالرباط، العدد 12 سنة 1982. ص 44.

2 تتمثل وقائع هذه القضية في أن السيد: **مافروماتيس** رعية يونانية تحصل قبل الحرب. ع1 على امتياز من قبل السلطة العثمانية للقيام بأشغال عامة في فلسطين إلا أن السلطات البريطانية باعتبارها منتدبة على فلسطين، قامت بمنح الامتياز لشخص آخر، مع أن **معاهدة** لوزان نصت على أن السلطة الجديدة ملزمة باحترام التعهدات و الامتيازات الممنوحة قبل الحرب. و لما فشل **مافروماتيس** في إقناع السلطات البريطانية على عدم مشروعية تصرفاتها تبنت الحكومة اليونانية مطالبه أمام محكمة العدل الدولية الدائمة. أنظر في ذلك: **محمد ديب**: مركز الفرد في القانون الدولي، ص 131 رسالة ماجستير. معهد الحقوق .ج.الجزائر) إبارهيم شحاتة: معاملة الاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 146. و كذلك أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق، ص444.

الضرر، و لا يستطيع المتضرر إرغامها على ذلك إن لم تبادر لحمايته، لذلك توصف الحماية الدبلوماسية بأنها حق خاص و لصيق بالدولة، أما الشخص المتضرر ما هو إلا مجرد موضوع من مواضيع هذه العلاقة و لا يمكنه أن يكون طرفا في النزاع[1] لذا فان الشرط الذي يدرج أحيانا في عقود الاستثمار المبرمة بين الدولة المضيفة و المستثمر الأجنبي بشأن عدم الالتجاء إلى الحماية الدبلوماسية و المعروف بشرط كالفو[2] أثار جدلا وخلافا قضائيا وفقهيا. فما موقف القضاء و الفقه من هذا الشرط.

الفرع الثـــاني

موقف الفقه و القضاء من نظام الحماية الدبلوماسية

رأينا فيما سبق أن الحماية الدبلوماسية حق لصيق بالدولة، إلا أن المبالغة في استعمال هذا الحق قد يؤدى إلى تدخل الدول القوية في الشؤون الداخلية للدول الضعيفة بحجة حماية مصالح رعاياها،[3] لذا كان من الطبيعي أن تبحث الدول الضعيفة عن وسيلة أو أداة قانونية تقيد من خلالها تدخل الدول القوية في شؤونها، ويعتبر شرط كالفو أحد هذه الأدوات القانونية التي ابتدعت للحيلولة دون التدخل في الشؤون الداخلية للدول المضيفة وقد دافعت دول أمريكا اللاتينية عه هذا الشرط،فما محتوى هذا الشرط و ما موقف الفقه والقضاء منه ؟

لعل من بين الصيغ الأكثر شيوعا لمحتوى هذا الشرط ما تضمنه العقد المبرم بين الشركة الأمريكية المعروفة باسم: North American. Dredging company. Of Texas. و

---

[1] هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 103-104.و كذلك
M, Paul de visscher- la protection des personnes morales recueil des cours, 1961/1 Académie de droit international A.W .S I / THOFF , leyde Pays bas p 466

[2] كـــالفو هو فقيه أرجنتيني شغل منصب وزير الخارجية و أستاذ جامعي، دافع عن مشروعية شرط التنازل عن الحماية الدبلوماسية، نظـــرا لما عاشته دول أمريكا اللاتينية من نزاعات مع دول أوروبا الغربية و أمريكا أرغمت فيه على المثول أمام المحاكم الدولية، و للحد مـــن الـتدخل الأجـــنبي اشترطت بعض دول أمريكا للاتينية على المستثمرين الأجانب شرط التنازل عن حقهم في ممارسة دوهم لحق الحمايـــة الدبلوماســـية كمـــا جاء ذلك في المادة 11 من قانون البترول البوليفي لعام 1957. أنظر في ذلك: حسن عطية الله.سيادة الـــدول النامـــية على مواردالارض الطبيعية، دراسة في القانون الدولي للتنمية الاقتصادية .القاهرة طبعة1978 ص 431. و كذلك محمد ديب: مركز الفرد من القانون الدولي،المرجع السابق، ص 123.

[3] أنظر في ذلك: عبد الواحد محمد الفار: طبيعة القاعدة الاقتصادية، المرجع السابق، ص 22 و ما بعدها.

الدولة المكسيكية، إذ جاء فيه (يعتبر المتعاقد و كل الأشخاص المرتبطين، بأداء العمل مباشرة أو بطريق غير مباشر – وفقا لهذا العقد- يعتبرون كالمواطنين المكسيكيين، داخل الجمهورية المكسيكية، فيما يتعلق بأداء العمل و إتمام هذا العقد وليس لهم حق رفع دعوى بالنسبة لحقوقهم و مصالحهم و أعمالهم المتعلقة بهذا العقد و أي حقوق أو وسائل أخرى لتنفيذ هذه الأمور أكثر من تلك التي تعطيها قوانين جمهورية المكسيك لمواطنيها، ولا يتمتعون بأي حقوق أخرى أكثر من تلك التي قررت لصالح المكسيكيين، و نتيجة لذلك يجردون من أي حقوق بوصفهم أجانب، و يتعهدون بعدم السماح بتدخل الممثلين الدبلوماسيين الأجانب في أي أمر يتعلق بتنفيذ هذا العقد)[1] و من خلال هذا النص وغيره[2]،يتضح أن شرط كالفو يقوم على مجموعة من الأسس تتمثل في:

– مبدأ خضوع النشاط الأجنبي لسلطة القضاء الوطني و هو ما يقره التعامل الدولي، كما جاء ذلك في ميثاق الحقوق و الواجبات الاقتصادية للدول من خلال ما نصت عليه المادة الثانية في الفقرتين (أ، ج).

– إخضاع العقد لقانون الدولة المتعاقدة و هي نتيجة بديهية للشرط الأول لأن القاضي الوطني ملزم بتطبيق قانون دولته.

– مبدأ المساواة في المعاملة بين الأجانب و الوطنيين حتى ولو كان محتوى الحقوق والالتزامات مختلفة عما هو عليه في دولة المتعاقد و هو مبدأ يتماشى مع ما أقره العمل الدولي في كثير من المواقف و الأعمال الدولية.

– تنازل المتعاقد عن طلب الحماية الدبلوماسية من دولته، يمثل أخطر مبدأ تضمنه شرط كالفو لما فيه من تفويض لسلطة الدولة الحامية،لأن الحماية الدبلوماسية تمثل أسلوبا مزدوجا فإلى جانب كونها وسيلة دبلوماسية، فهي أيضا وسيلة قضائية يتم من خلالها مقاضاة الدولة المتسببة في الضرر و التسليم بالتنازل معناه تجريد الدولة من ممارسة حق الحماية سواء عن طرق العمل الدبلوماسي أو عن طريق العمل القضائي.

---

1 رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 96 و97.

2 لقد تضمنت المادة 11 من قانون البترول 1955 البوليفي محتوى شرط كالفو، كما تضمنته عقود أبرمتها دول أمريكا اللاتينية، حسن عطية الله، سيادة الدول النامية على موارد الارض الطبيعية، المرجع السابق، ص 431.

ونظرا لما يمثله التنازل من عدمه من تباين في المصالح، فقد جاء موقف القضاء الدولي متضاربا بين مؤيد ومعارض له كما يتبين من قرارات محاكم التحكيم الدولية[1].

فبالنسبة للموقف المؤيد لشرعية التنازل فإن هذا الأخير يرى بأنه مادام المتضرر قد تنازل مقدما عن اللجوء لدولته للمطالبة بما قد يصيبه من ضرر لدى الدولة المضيفة له، فإن ذلك يعني استبعاد حماية دولته عن قصد فهو يتمتع بسلطة تقديرية بالنسبة للأوضاع التي تواجهه تجاه أجهزة الدولة المقيم فيها. كما أن الدولة لا تتدخل في الغالب إلا بناء على طلب المتضرر أو في حالة ما إذا كان الضرر يصيب الدولة مباشرة. بينما يقرر الموقف الثاني بطلان شرط التنازل حتى و إن تضمنه العقد و على الدولة أن تتدخل لحماية مصالح رعاياها، وهناك رأي ثالث يمثل موقفا توفيقيا بين الرأيين السابقين و هو ما ذهبت إليه لجنة التحكيم الدولية في التزاع القائم بين الشركة الأمريكية ودولة المكسيك، حيث اعترفت اللجنة بشرط كالفو لكن اشترطت بأن يكون العقد المتضمن لهذا الشرط مطابقا للقانون الدولي،أما إذا كان العقد مخالفا لقواعد القانون الدولي فإن الشرط لا يحول دون ممارسة حق الحماية الدبلوماسية لأن الحماية لا تقوم على أساس الضرر الذي أصاب الرعية المتنازل عن حقه في اللجوء إلى دولته لحمايته من الضرر الذي ألحقته به الدولة المضيفة بل على أساس مخالفة قواعد القانـــون الدولي، لذا فإن لجنـــة التحكيم المنوه عنها في التزاع الأمريكـــي المكسيكي قررت بأن تنازل الفرد فيما يتعلق بتنفيذ العقد يعد تنازلا مشروعا، إلا أن هذا التنازل لا يمنع الدولة من التدخل لحماية رعاياها مادام هناك انتهاك للقانون الدولي. أما بالنسبة للأمور التي تخرج عن نطاق العقد فإن اللجنة ترى بأنها لا تدخل ضمن المسائل التي يحرم فيها الأجنبي من حماية دولته، فاللجنة ترى أن إنكار العدالة أمر خارج عن نطاق العقد،وأوضحت بأن الغرض من إدراج الشرط في العقد هو منع إساءة استعمال حق الحماية الدبلوماسية و ليس انتهاك الحق ذاته و قررت رفض المطالبة الأمريكية لعدم وجود خرق لأي قاعدة دولية،و قد تم الاعتراف بمشروعية الشرط في العديد من قضايا التحكيم الدولي[2].

كما اعترف الفقه بشرط كالفو و لو أن البعض اعتبر ذلك مجرد تأكيد لقاعدة من قواعد القانون الدولي و هي قاعدة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية إلا أن هذا التفسير لا يتماشى مع بعض

---

[1] يتـبين من خلال أحكام لجان التحكيم المختلطة التي نظرت في 19 نزاعا من التزاعات المتضمنة لشرط كالفو أنه ثمانية منها قررت مشروعية الشرط و بصحته، بينما قررت باقي اللجان بطلان الشرط.

[2] رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 96-102.

التطبيقات الدولية، كما يتبين ذلك من خلال لجنة الدعاوى الأمريكية المكسيكية التي رفضت مطالبات شركة أمريكا اللاتينية بالرغم من أن المعاهدة الأمريكية المكسيكية المتعلقة بتسوية النزاعات تستبعد تطبيق قاعدة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية و مع ذلك فإن لجنة التحكيم رفضت دعوى الشركة، مما يؤكد بان الرفض كان على أساس العمل بشرط كالفو و ليس على أساس قاعدة استنفاذ طرق التقاضي المحلية لأنه لو كان الأمر كذلك لقبلت دعوى الشركة لأن المعاهدة تستبعد تمسك الأطراف بها.

المطلـــب الثـــــاني

شروط ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية

إذا كان نظام الحماية الدبلوماسية وجد لحماية الأشخاص الطبيعيين، مما قد يصيبهم من ضرر في الدول الأجنبية المقيمين بها، فإن القانون الدولي لا يمنع تطبيق هذه الحماية على الأشخاص الاعتبارية،و لا يشترط في ذلك سوى أن يكون طالب الحماية متمتعا بجنسية الدولة صاحبة الحماية،فالجنسية شرط أساسي لقيام العلاقة بين الدولة والشخص المنتمي إليها، أما إذا انتفى شرط الجنسية فلا يحق لأية دولة التمسك بالحماية الدبلوماسية، من هنا فإن دراسة موضوع الجنسية كشرط لممارسة حق الحماية الدبلوماسية أمر لامناص منه،ويتطلب منا ذلك تحديد مدلول هذا الشرط و أهميته في نظر الفقه و القضاء و نطاق تطبيقه.

الفـــرع الأول

الجنسية كشرط لممارسة نظام الحماية الدبلوماسية

إن الجنسية كرابطة قانونية تعبر في محتواها عن علاقة انتساب بين شخص ما ودولة معينة، بحيث يصبح ذلك الشخص أكثر ارتباطا بشعب الدولة التي منحته جنسيتها، بحكم القانون أو بقرار صادر عن السلطة العامة. و إذا كانت الجنسية هي الرابطة القانونية بين الشخص والدولة، فإن هناك جدل فقهي و خلاف كبير حول ماهية وطبيعة هذه الرابطة،وهل هي رابطة قانونية، أم رابطة سياسية، أم رابطة اجتماعية ؟ و في ضوء هذه الاختلافات جاءت التعاريف متباينة هي الأخرى.

فالفقيه الفرنسي (باتيفول) يكيف الجنسية على أنها رابطة قانونية و يعرفها بأنها(انتماء الفرد قانونيا للشعب المكون للدولة)[1] و هو نفس المعنى الذي ذهب إليه الأستاذ فؤاد رياض من خلال

[1] محند إسعد: القانون الدولي الخاص،ج2، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 100..

تعريفه للجنسية بقوله (علاقة قانونية بين الفرد و الدولة يصير الفرد بمقتضاها عضوا في شعب الدولة)[1] أما من يرى في الجنسية على أنها رابطة سياسية كما يذهب إلى ذلك الأستاذ لوسوارن Loussourn في تعريفه لها بأنها "صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية و قانونية بينه و بين دولة هو عنصر من عناصر تكوينها و يعرفها بأنها تمثل رابطة بين الفرد و الدولة "[2].

كما يعرفها البعض بأنها"الرابطة السياسية والقانونية التي تنشئها الدولة بوصفها شخصا دوليا تجعل الفرد عضوا في الدولة"[3]وهذا المفهوم يتمشى مع ما ذهب إليه القضاء الإداري في مصر من تعريفه للجنسية على أنها"رابطة سياسية وقانونية"[4]

والواقع أن الخلاف كما يراه البعض لا يتعلق بماهية الجنسية كمفهوم أو مصطلح بقدر ما يتعلق بموضوع الجنسية، إن كانت من موضوعات القانون العام أم من موضوعات القانون الخاص[5]،فإذا نظرنا إليها على أنها من موضوعات القانون العام فإن التركيز سوف ينصب على الجانب السياسي و تصبح الجنسية رابطة بين الفرد و الدولة.

أما إذا نظرنا إلى الجنسية على أنها من موضوعات القانون الخاص فإن الرابطة توصف بأنها رابطة قانونية وتقوم بين الفرد و شعب الدولة.[6]

لذا فإن البعض يرى بأن الجنسية رابطة قانونية وسياسية[7].،وانه من الضروري التركيز على الوصفين معا تماشيا مع ما يخوله القانون الدولي والداخلي للدولة من سلطة منح و تنظيم الجنسية وفي اختيار الدولة للمعايير المحددة للجنسية حسب الأسس السياسية و الاجتماعية و الاقتصادية التي

---

[1] رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 146.

[2] محند أسعد: القانون الدولي الخاص، ج2،ترجمة فائز انجاق، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 100.

[3] انظر:شمس الدين الوكيل،الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية.ص27.

[4] وردت الإشارة إلى هذا التعريف في الحكم الصادر عن المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ1964/2/29.

[5] العمراني شفيعة.اثبات الجنسية .بحث ماجستير قدم بمعهد الحقوق بابن عكنون جامعة الجزائر ص 28

[6] محندإسعد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق ص 219.و أيضا ص 29

[7] العمراني شفيعة.اثبات الجنسية المرجع السابق 29

تضعها كل وهي نظرة تتماشى مع التعريف الذي جاء به الأستاذ loussourn حيث يعرف الجنسية" بأنها صفة في الشخص تقوم على رابطة سياسية و قانونية"[1].

أما تعريف القضاء الدولي للجنسية فنجده في حكم محكمة العدل الدولية الصادر عام 1955 في قضية (nottepom)[2] حيث جاء فيه أن الجنسية استنادا إلى العمل الدولي، وأحكام محاكم التحكيم و القضاء و آراء الفقهاء (هي رابطة قانونية تقوم في أساسها على واقع ارتباط اجتماعي و على تضامن حقيقي في الوجود و المصالح و المشاعر مقرونة بتبادل الحقوق و الواجبات) و يستشف من هذا التعريف أ ن أهمية الجنسية تستمد من الواقع كما تعني أيضا انتماء الشخص فعليا لدولة معينة، ولهذا الانتماء أهمية خاصة في تحديد رعايا كل دولة .

أما على المستوى الداخلي فتمثل الإطار القانوني لترتيب الحقوق و الواجبات مما يستوجب التركيز على الأسس الفعلية التي تجسدها مشاعر الأفراد و المصالح المتبادلة للحقوق و الالتزامات سواء تعلق الأمر بالأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية، فالجنسية كرابطة قانونية لا يكفي تبريرها على أنها قاعدة من قواعد القانون الدولي فحسب، إنما هي ضرورة عملية، لأن اشتراط الروابط الفعلية يجعل من الصعب على الأشخاص اكتساب جنسية دولة ما لا تربطهم بها روابط حقيقية، مبنية على المصالح المتبادلة،إذ لا يجوز للدولة ممارسة حق الحماية الدبلوماسية دون وجود روابط حقيقية بينها و

[1] رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 145

[2] لقد اعتبرت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر في 18 تشرين الثاني 1963 أن الجنسية هي الرابطة القانونية التي تخول للدول حق التقاضي أمام المحكمة نيابة عن رعاياها شريطة أن تكون الجنسية مبنية على روابط فعلية و ذلك أثناء نظرها في قضية (nottepom) و التي تتلخص وقائعها في أن حكومة لشتين شتاين طلبت تعويضا من حكومة قواتي مالا على أساس المدعو (نوتيبوم) أحد رعاياها فاعترضت حكومة قواتي مالا على ذلك و عرض النزاع على محكمة العدل الدولية التي رفضت طلب حكومة لشتين شتاين لأن المواطن المذكور (نوتيبوم) قد استقر في قواتي مالا منذ 1905 و أنه في عام 1939 سافر إلى أوروبا بقصد الزيارة و أثناء تواجده تحصل على جنسية ليشتين شتاين ثم عاد إلى قواتي مالا سنة 1940 و بقي بها إلى أن طرد منها سنة 1943 و من ثمة فإن الجنسية الجديدة التي تحصل عليها (نوتيبوم) لم تكن مبنية على روابط فعلية و أن القصد منها التمتع بجنسية دولة محايدة أثناء الحرب العالمية. أنظر: جابر إبراهيم الراوي: المنازعات الدولية، جامعة بغداد. ط 1978ص99.

رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية، ص 148.-1237 .A. F. D. I 1965 -

حامد سلطان المرجع السابق: ص 337.

بين الشخص الذي تحميه، لأن القول بخلاف ذلك معناه إساءة الدولة استعمال حقها في تحديد من هم رعاياها لان هذا الحق قد أقره لها القانون الدولي.

أما على الصعيد الداخلي فإن منح الجنسية إذا لم يكن مبنيا على روابط فعلية، يكون الغرض من اكتسابها التهرب من بعض الالتزامات التي تفرضها القوانين الداخلية لبعض الدول دون الدول الأخرى و يزداد الأمر تعقيدا و خطورة إذا كان الشخص متعدد الجنسيات، و إذا كانت المعايير المحددة لاكتساب الجنسية لا تقوم على شروط موضوعية[1] .

إن المستثمر المتمتع بأكثر من جنسية و في حالة عدم وجود اتفاقية دولية بين الدول تحدد بوضوح أيا من الدول التي يحمل جنسيتها يكون لها الحق في ممارسة الحماية مما يطرح إشكالية تنازع الجنسيات؟ و لمعالجة ذلك تجدر الملاحظة هنا من وجوب التمييز بين حالتين، أولهما إذا كان المتضرر لا يحمل من بين الجنسيات جنسية الدولة المتسببة في الضرر،في هذه الحالة يحق لكل دولة أن تدعي حمايته استنادا إلى نظرية تكافؤ الجنسيات التي صاغها الفقه و التي بناها على أساس مبدأ المساواة في السيادة مادام المتضرر يحمل جنسية عدة دول ومادامت قد اكتسبت يشكل صحيح وفقا لقوانين كل دولة، لذا تذهب هذه النظرية إلى التسليم بعدم جواز الترجيح بين الجنسيات المختلفة للمتضرر، و هي بذلك تفترض عجز القانون الدولي على مواجهة النزاعات عند تعدد الجنسيات[2]،ولو أن هذا الاتجاه قد هجر منذ أن أقر القضاء الدولي مبدأ الجنسية الفعلية في قضية نوتامبوم،حيث أصبح الفقه يميز بين مفهوم الجنسية في القانون الدولي و مفهومها في القانون الداخلي، فالجنسية في القانون الداخلي لا تعدو أن تكون مجرد وصف لتحديد مراكز الأشخاص اللذين ينتمون إليها ، أما على المستوى الدولي فان الجنسية كي ترتب آثارها لابد أن تكون مطابقة لقواعد القانون الدولي،لذا يذهب الفقه إلى التمييز بين مفهوم الجنسية في القانونين الدولي والداخلي واصفا إياها بأن " تعبير غير متناسق، فهو يستخدم في عدة معان لعدة أغـــراض في كل من

[1] يقصـــد بالظروف الموضوعية الإقامة العادية ممارسة الحقوق و الالتزامات الانتماء النفسي والاندماج الاجتماعي والعائلي فيما يخص الأشـــخاص الطبيعـــية، أما الأشخاص الاعتبارية فالعبرة بما يتواجد من مصالح فعليه أنظر: هشام علي صادق: الحماية القانونية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 111 .

[2] علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار في الدول النامية، المرجع السابق، ص.221

القانـــون الدولي و الداخلـــي، و ليس هنـــاك من تـــلازم في معنى الاصطلاح في كل من القانونين"[1]

وقد جاء في حكم محكمة العدل الدولية أن قاعدة الجنسية الفعلية قد أقرها المحكمون الدوليون في العديد من الحالات التي أثير فيها تعدد الجنسيات و موضوع الحماية الديبلوماسية[2] و هنا تأكيد على أن الجنسية لم تعد الشرط الوحيد لممارسة الحماية، بل لابد من إثبات وجود صلة حقيقية بين الرعية و الدولة التي تحميه، و هذا الشرط سوف يقوض من سلطة الدولة في ممارستها للحماية الدبلوماسية ما لم تكن مبنية على روابط فعلية وعلى الرغم من الاستقرار الذي عرفته نظرية الجنسية الفعلية إلا أنها لم تسلم هي الأخرى من الانتقاد ،لان هناك من يرى أن الجنسية الفعلية لا تمثل سوى حلا ذاتيا يتعلق بوقائع تستلزم من المحكمة البحث عنها في كل حالة لترجيح أيا من الجنسيات التي يجب أن يتمتع بها طالب الحماية و هنا ليس من السهل دائما أن نحدد الدولة التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها و أن اعتماد نظرية الجنسية الفعلية على معيار ذاتي سوف يحيطها بنوع من الشكوك و الغموض، و قد يؤدي الأمر إلى إهدار حقوق الشخص المتضرر كما لا تقدم لنا حلا لتعدد الجنسية فيما لو افترضنا أن الاعتبارات التي تقوم عليها الجنسية الفعلية قائمة في كل دولة من الدول التي يحمل المتضرر جنسيتها[3]

واستنادا لما تقدم فإن جانبا من الفقه يرى ضرورة تطبيق نظرية الجنسية الفعلية إذا ما وجدت اعتبارات ترجيحية بين جنسيات المتضرر، أما إذا لم توجد فتطبق نظرية تكافؤ السيادات التي تسمح لكل دولة يكون المتضرر حاملا لجنسيتها بان تباشر دعوى الحماية.

و قد أثير التساؤل حول ما إذا كان من الممكن تطبيق نظرية الجنسية الفعلية للترجيح بين الجنسيات المتعددة للمستثمر فيما لو كان من بين تلك الجنسيات جنسية الدولة المتسببة في الضرر؟

وفي هذا الصدد يذهب جانب كبير من الفقه إلى القول بعدم جواز تحريك دعوى الحماية الدبلوماسية في مواجهة دولة يحمل المتضرر جنسيتها حتى وان كانت رابطة الجنسية لا تقوم على

---

1 طلعة الغنيمي: الوسيط في قانون السلام، دار المعارف، الإسكندرية. ط 1982 ص.432

2 رفيق عطية الكسار: الحماية الديبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 145.

3 علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق، ص224.

أسس فعلية مادامت الجنسية اكتسبت اكتسابا صحيحا وفقا لقانون الدولة المانحة للجنسية[1] استنادا إلى مبدأ السيادة، و لما هووا ردفي المادة 3من اتفاقية لاهاي لعام 1930 التي نصت على(أن كل شخص يحمل جنسيتين أو أكثر يمكن اعتباره مواطنا لكل دولة من الدول التي يحمل جنسيتها) لأن القول بخلاف ذلك يعد عند أنصار هذا الاتجاه إهدارا لسيادة الدول الأخرى و قد ساير القضاء الدولي هذا الاتجاه من خلال الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية المتعلق بالتعويض عن الأضرار التي تصيب موظفي الأمم المتحدة بقوله (أن الممارسة العادية للحماية الدبلوماسية هي أن الدولة لا تمارس هذه الحماية لصالح أحد مواطنيها ضد دولة تعده مواطنا لها)[2] وهذا الموقف يستمد أساسه من مبدأ المساواة في السيادة بين الدول وخضوع علاقة الدولة بمواطنيها لاختصاصها الداخلي تطبيقا لنص المادة الأولى من اتفاقية لاهاي الخاصة بتنازع القوانين في الجنسية التي تنص على(أن لكل دولة أن تحدد بمقتضى تشريعها من هم رعاياها، و هذا التشريع يجب أن ترتضيه الدول الأخرى)،مما يعني ان الدول مقيدة في تحديدها لجنسية رعاياها في حدود نطاقها الداخلي بحيث لا تخرج علاقة الدولة مع مواطنيها خارج نطاقها الإقليمي استنادا إلى قاعدة عرفية مفادها أن تحديد الجنسية من الاختصاص الداخلي المطلق للدولة.

بينما تعتبر الجنسية الفعلية مجرد معيار للترجيح بين الجنسيات المتعددة،وعلى الدولة المدعى عليها أن تقيم الدليل على أن جنسية الدولة المدعية لا تقوم على أسس فعلية أما إذا كان المتضرر لا يحمل سوى جنسية دولة واحدة ففي هذه الحالة يحق للدولة التي يحمل المتضرر جنسيتها أن تمارس حمايتها الدبلوماسية لصالحه حتى وان لم تكن جنسية تلك الدولة قائمة على أسس فعلية[3]،مما يعني أن شرط الجنسية الفعلية لا يعمل به إلا في حالة تعدد جنسيات المتضرر.

إن العمل الدولي وآراء الفقه تجمع على أن الجنسية كرابطة قانونيـــة بين الشخص و دولته تمثل شرطا أساسيا لممارسة الحماية الدبلوماسية، فقد أقـــر العمل الدولي ذلك بوضوح في مناسبات

---

[1]هشام صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 117.

[2]علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في: حماية الاستثمار الخاص في الدول النامية، المرجع السابق،ص 226.

[3]هشام علي صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق .ص120،121

عديدة[1] غير أن التسليم بالجنسية كرابطة قانونية و كأساس للحماية الدبلوماسية لا يعني حتما أنها الرابطة القانونية الوحيدة لممارسة الحماية الدبلوماسية، كما سيأتي توضيح ذلك من خلال بعض التطبيقات الدولية كالحماية الممنوحة لعديمي الجنسية،وحماية الأمم المتحدة لموظفيها، تأسيسا على رابطة الحماية الوظيفية، الحماية التي تقررها الاتفاقات الخاصة، الحماية التي تقرر لفائدة دولة محايدة لرعاية مصالح دول متحاربة أو حالة تجميد أو قطع للعلاقات الدبلوماسية[2] والملاحظ على جميع الحالات المذكورة أنها لا تعدو أن تكون مجرد استثناء لقاعدة اشتراط توافر الجنسية، لان الصورة المألوفة في العمل الدولي وجود الجنسية كرابطة قانونية بين طالب الحماية و الدولة التي تحميه.

كما أن التساؤل يبقى قائما فيما إذا كان شرط الجنسية مستوجب عند حدوث الضرر أم عند النظر في النزاع و أثناء الفصل فيه، ودون الخوض في المتاهات الفقهية فإن الرأي الراجح في هذا الشان يرى أن شرط الجنسية مستوجب يوم وقوع الحادث إلى حين الفصل في الدعوى تجسيدا لفكرة استمرار رابطة التبعية، لأن التبعية عند أنصار هذا الرأي تقوم على افتراض مفاده أن الضرر الذي يصيب الفرد إنما يصيب المجتمع برمته[3] و قد يعني أيضا اشتراط استمرار الجنسية منع

---

[1] لقد جاء في تقرير لجنة تحضير مؤتمر تقنين القانون الدولي بلاهاي عام 1930 أن الدولة لا تستطيع المطالبة بتعويض مالي عن الضرر الذي يصيب أحد رعاياها في إقليم دولة أخرى إلا إذا كان المتضرر أحد رعاياها. كما تأكد ذلك أيضا في مشروع المسؤولية الدولية الذي أعدته لجنة القانون الدولي عام 1958. و هو نفس الموقف أخذ به مجمع القانون الدولي المنعقد بوارسو عام 1965، و مشروع اتفاقية المسؤولية الدولية الذي أعدته جامعة هارفارد الأمريكية عام 1961 و لم يتوان الفقه أيضا في تأكيده لذلك، كما جاء ذلك على لسان الأستاذ chappez الذي أكد بأن الفرد لا يمكنه الاستفادة من الحماية الديبلوماسية إلا إذا كان من رعايا الدولة التي يطالب بحمايتها، و أن الدولة يجب أن تكون لها صفة تبرر تدخلها لصالح الشخص المضرور. أنظر في ذلك: رفيق عطية الكسار: الحماية الديبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق ص 146-148.

[2] هشام علي صادق: الحماية القانونية للمال الأجنبي، المرج السابق، ص 119، و أيضا، علي حسن ملحم: دور المعاهدات في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص 127.

[3] نشير هنا إلى بعض التطبيقات الدولية التي اشترطت جنسية الدولة التي يتبعها المتضرر يوم وقوع الضرر من ذلك مثلا ما أخذت به لجنة المطالبات الأمريكية الفنزويلية في قضية Ambiati حيث كان النزاع قائما على عمليات تجارية قام بها السيد أمبيتي ذو الجنسية الإيطالية خلال فترة 1863 و1864 و في عام 1868 اكتسب الجنسية فرفضت لجنة التحكيم دعوى الولايات المتحدة على أساس أن المتضرر لم يكن يحمل جنسيتها وقت حدوث الضرر و نفس الموقف أكدته المحكمة الدائمة للعدل الدولي في الدعوى التي أقامتها استونيا على لتوانيا حيث جاء في قرار المحكمة أنه لا يكفي أن يكون المطالب له متمتعا بجنسيتها إنما على استونيا أن تقيم الدليل على أن الشراكة التي أصابها الضرر كانت متمتعة بجنسيتها أثناء وقوع الضرر. أنظر في ذلك رفيق عطية الكسار، المرجع السابق، ص 156-157.

الفرد من اختياره للدولة التي تقوى على حمايته، من خلال اكتسابه لجنسيتها و في ذلك إساءة لاستعمال الحماية الدبلوماسية لأغراض شخصية[1]

الفـــرع الثـــاني

مدى انطباق شرط الجنسية على الأشخاص الاعتبارية

مما لاشك فيه أن القوانين الداخلية للدول هي التي تحدد نشأة و طبيعة الأشخاص الاعتبارية وكيفية تنظيمها[2]،إلا أن ارتباط هذه الأشخاص في علاقاتها مع الدول الأخرى وخارج حدود إقليم الدولة التي تنتمي إليها يجعلها تخضع لقوانين غير قانون الدولة التي تتبعها وقد تخضع لقواعد القانون الدولي[3]،ومع ذلك يبقى موضوع تنظيم نشأة الأشخاص الاعتبارية وتحديد طبيعتها من صلاحية قانون دولة المنشأ،وكقاعدة عامة فان الأشخاص الاعتبارية تتمتع بكافة الحقوق التي يتمتع بها الأشخاص الطبيعية – ماعدا ما يتعلق بحكم طبيعتهما- الشيء الذي يؤهلها للحماية الدبلوماسية بنفس الطريقة التي يحمى بها الأشخاص الطبيعية[4].مما أدى بالفقه التقليدي إلى إقامة رابطة التبعية بين الشخص الاعتباري و الدولة التي تتصدى لحمايتـــه على نفس الأسس التي تقوم عليها رابطة التبعية بين الشخص الطبيعي و الدولة التي تمارس حمايتها عليه،إذ يتعين على الشخص طالب الحماية ان

[1]مـــن بين الآراء الفقهية و التطبيقات الدولية التي لا تأخذ بفكرة استمرار جنسية دولة المتضرر من يوم وقوع الضرر لحين الفصل فيه مـــا قال به لابرديل، بوليتيس، و ما أخذت به إيران و الولايات المتحدة في إعلان التسوية الموقع في الجزائر بتاريخ 1981/01/19 حيـــث أعلنت لجنة التحكيم أن اتفاق الجزائر يعتد بالجنسية وقت إنشاء المحكمة و أن السيدة هارونيان كانت تتمتع بالجنسية الإيرانية عـــند ســـريان هـــذا الاتفاق و أنها قد اكتسبت الجنسية الأمريكية في 1981/06/26 مما أدى بلجنة التحكيم إلى التصريح بعدم الاختصاص. رفيق عطية الكسار: المرجع السابق 158.

[2]يـــرى الأســـتاذ اسعد محند أن حق منح الجنسية من حقوق السيادة وتنفرد به الدولة و مبدأ جوهري كرسته المادة الأولى من اتفاقية لاهـــاي لعـــام 1930 و أحكام المحاكم الدولية كما جاء ذلك في الرأي الاستشاري لمحكمة العدل الدولية الدائمة الصادر بتاريخ 7 فـــيفري 1923 حول الخلاف الإنجليزي الفرنسي بشأن المراسيم الفرنسية المتعلقة بتونس و المغرب و كذلك في قضية تفسير معاهدة الأقلـــيات المبرمة سنة 1919 بين بولونيا و الدول الحليفة و قد أكدت المحكمة في هذين الرأيين أن مسألة الجنسية تعد من الاختصاص الانفرادي للدولة، كما أكدت محكمة العدل الدولية هذا المبدأ من جديد في حكمها الصادر في 6 أفريل 1955 حول قضية نوتبوهم. أنظر في ذلك: محند اسعد: القانون الدولي الخاص. ص 103 و 106.

[3]علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية .... المرجع السابق، ص 219.

[4]تقرر المادة 50 من القانون المدني الجزائري الصادر 1975 تحت رقم 75-58 ما يلي يستمتع الشخص الاعتباري بجميع الحقوق إلا ما كان ملازما لصفة الإنسان 47.

يكون متمتعا بجنسية الدولة التي تتولى حمايته وهو ما يد فعنا إلى التساؤل عن مدى انطباق شرط الجنسية على الأشخاص الاعتبارية ؟

رغم التأكيد الفقهي و القضائي على تمتع الأشخاص القانونية، اعتبارية كانت أم طبيعية بالجنسية إلا أن هناك جانبا من الفقه ينكر صفة الجنسية على الأشخاص الاعتبارية ويأتي في مقدمة هؤلاء الفقهاء ، الفقيهان niboyet وruhland حيث يقولان بعدم الاعتراف بالجنسية للأشخاص الاعتبارية بحجة أن الجنسية أضفيت على الأشخاص الاعتبارية لحل مشاكل يمكن حلها دون اللجوء إلى فكرة الجنسية وقصرها على الأشخاص الطبيعية،رغم تسليمهم بضرورة إيجاد وسيلة لتحديد تبعية الأشخاص الاعتبارية لدولة معينة كي يتسنى معرفة القانون الواجب التطبيق عليها في حالة التنازع[1] وفي تعليقه على هذا الموقف يذهب الدكتور هشام علي صادق إلى القول بأن الخلاف لا يعدوان يكون مجرد خلاف لفظيا لان استعمال مصطلح الجنسية ما هو في الواقع سوى تعبير عن الرابطة القانونية التي تربط الشخص الاعتباري بالدولة التي ينتمي إليها و هو المصطلح الشائع بينما يعبر منكرو الجنسية عن تلك الرابطة بالتبعية السياسية و في كلا الحالتين تأكيد على وجوب قيام رابطة التبعية، حتى و إن اختلف في تسميتها[2]،أما لأستاذ محمد اسعد فيرى أن تعبير (التبعية) يبدو أكثر حيادا وتناسبا مع الواقع إلا أن الجنسية تعبير واسع الانتشار لدرجة يتعذر معها التخلي عنها[3] مما يدعو إلى القول بأن غالبية الفقه يؤيد فكرة الاعتراف بالجنسية كرابطة قانونية للأشخاص الاعتبارية،[4] ذلك انه من خلالها يتم تحديد القانـــون الذي نشأت تحت ولايته، و أنها لا يمكن لها أن تمارس نشاطهـــا إلا إذا أنشئت وفق نظام قانوني معين يعرف بقانون الموطن و يخضع له الشخص

---

[1] يذهب الأستاذ عبد المنعم رياض إلى اعتبار جنسية الأشخاص الاعتبارية جنسية من طبيعة خاصة. أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقات البترولية، المرجع السابق، ص 451 و452.

[2] هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 126.

[3] محند اسعد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 219.

[4] يذهب الفقيهان: باتيفول، بيس: إلى التأكيد بأن جنسية الأشخاص الاعتبارية تماثل جنسية الأشخاص الطبيعية حتى وإن كان هناك بعـــض الاخـــتلاف إلا أن التشابه الكبير بينهما يقتضي التسليم بتماثلهما. أما بيلليه فيرى بأن التداخل الموجود بين مفهوم الجنسية و الموطن للأشخاص المعنوية أدى إلى اعتبار الجنسية نوعا من الموطن، محند اسعد، القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 218. أنظر: المرجع السابق ص 56 و أيضا، أحمد عبد الحميد عشوش، المرجع السابق ص 453.

المعنوي قياسا لما يخضع له الشخص الطبيعي،و قد تأثر جانب كبير من الفقه برابطة الجنسية الفعلية التي أقرها محكمة العدل الدولية في قضية نوتنبوم فرأوا أنه من الضروري تطبيق هذا المبدأ على الأشخاص المعنوية أيضا، بحيث إذا توافرت الجنسية في الشخص المعنوي و لم تكن مبنية على روابط فعلية بينه و بين الدولة مانحة الجنسية،جاز للطرف المعترض أن يتمسك برفض الحماية على أساس أن الجنسية الممنوحة للشخص الاعتباري لا تقوم على روابط فعلية،حتى ولو كانت الروابط الفعلية للجنسية تختلف بين الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، فالروابط الفعلية لدى الشخص المعنوي تعني تجسيد المصالح من خلال المعايير التي تتبناها كل دولة في اختيارها للأشخاص الاعتبارية لذا لا أحد ينكر على الدولة حقها في وضع المعيار الذي يتم بمقتضاه تحديد الأشخاص الاعتبارية التي تتمتع بجنسيتها أو بانتمائها السياسي ولها كامل الحرية في اختيار المعيار أو المعايير التي تتماشى و مصالحها السياسة والاقتصادية،مما يجعل تحديد انتماء الأشخاص الاعتبارية،ليس مجرد ضرورة قانونية بل حتمية عملية فرضتها متطلبات التعامل الوطني والدولي،فمن حيث التعامل الوطني نجد أن معظم التشريعات تعمل على التمييز بين الشركات الوطنية والشركات الأجنبية و ذلك بقصد منح امتيازات و حقوق للشركات الوطنية دون الأجنبية أو بتحميل الشركات الأجنبية ببعض الالتزامات الإضافية.

أما من حيث التعامل الدولي فنجد بان الحماية الدبلوماسية لا يمكن ممارستها و التمسك بها إلا إذا كانت هناك رابطة قانونية بين طالب الحماية و الدولة الحامية، إذ بدون ذلك لا تستطيع الدولة ممارسة الحماية و مقاضاة الدولة المتسببة في الضرر.

بيد أن التشريعات الداخلية و المعاهدات الدولية عند معالجتها وتنظيمها لموضوع حماية الرعايا الأجانب في الخارج لم تميز بين الأشخاص الاعتبارية و الأشخاص الطبيعية مما يدل على احتفاظها بشرط الجنسية كأساس لتحديد صفة التبعية بين الشخص الاعتباري والدولة التي يتبعها حتى و إن تباينت المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية،فما هي إذن المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية؟

المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية:

لقد تعددت المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية وتباينت ،تبعا لأوضاع و مصالح الدول و تراوحت بين معيار الإنشاء ومعيار مركز الإدارة الرئيسي ومعيار ممارسة النشاط ومعيار الرقابة ووجود المصلحة الجوهرية، غير أن هناك من أدمج مختلف هذه المعايير في معيارين أساسيين وهما، المعيار الشخصي و المعيار الموضوعي، وذلك من منطلق أن الشركة عقد وفي نفس

الوقت شخصية قانونية تتجسد في الشكل الهيئوي للشركة الذي يبرز طابعها الشخصي ،وقد جيء بالمعيار الشخصي كرد فعل على المعيار الموضوعي[1]، إلا أن الثنائية المأخوذ بها في هذا التصنيف لا تبرز لنا وظيفة كل معيار من المعايير التي ذكرناها ومدى ارتباطها بواقع الدول ،كما انه لا يتماشى مع ما هو وارد في أغلبية التشريعات الوطنية لمعظم الدول حيث نجد فيها من يدمج بين المعيار الموضوعي والشخصي كالأخذ بمعيار النشاط ومعيار التأسيس ، ولمعرفة الدور الذي يلعبه كل معيار و مدى فعاليته و تطابقه مع أوضاع كل دولة لابد من استعراض جميع المعايير و إلا فإن تعددها يصبح دون جدوى.

<u>معيار الإنشاء أو التأسيس</u>: و معناه أن الشخص الاعتباري يعد من الأشخاص الوطنية متى تأسس على إقليم دولة ما و منح له قرار التأسيس و أن قانون الدولة الذي تأسست بموجبه الشركة هو الذي يحدد لها شخصيتها و مركز جنسيتها مما يفيد أن هذا المعيار يقوم على مبدأ خضوع التصرف لقانون محل إبرامه. و قد أخذت به كل من بريطانيا والدول الانجلو أمريكية و اليابان و الأرجنتين و الاتحاد السوفيتي (سابقا)[2] .

إلا أن هذا المعيار لم يسلم من الانتقادات فهو لا يكشف لنا عن حقيقة الشخص الاعتباري خاصة إذا كان قانون الدولة مانحة الجنسية، لا يشترط شروطا موضوعية مما يؤدي إلى إخفاء الجنسية الفعلية للشركة، كما أن القانون الدولي لا يسمح بفحص الشروط المنصوص عليها في القانون الداخلي للدولة فيما يخص تأسيس الشركات وظهورها إلى الوجود.

كما أن معيار الإنشاء أو التأسيس يثير مشكلة تعدد التراخيص فيما لو افترضنا أن الشخص الاعتباري قد أنشئ في عدة دول فما هو الترخيص الذي يؤخذ به في تحديد جنسيته ؟هل الترخيص السابق على الإنشاء ا أم الترخيص اللاحق لمزاولة النشاط،كما هو الحال في الشركات التي تكون لها فروع متعددة في مناطق من العالم و قد يزداد الأمر تعقيدا فيما لو كان قانون الدولة لا يشترط لقيام الشخص الاعتباري استصدار ترخيص مسبق،أضف إلى ذلك أن هناك من يرى في هذا المعيار أنه معيار جامد ذلك انه لو تم نقل الشركة إلى مكان آخر، يصبح هذا المعيار غير قادر على توفير الحماية لمجرد تغيير الشركة لموطنها الأمر الذي لا يتيح للدولة التي تأخذ بهذا المعيار ممارسة حق

[1] العمراني شفيعة ،اثبات الجنسية. المرجع السابق .ص 57. محمد اسعد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 220.
[2]العمراني شفيعة ،المرجع السابق. ص 60، و كذلك هشام علي صادق: المرجع السابق، ص127 .

الحماية[1] ،ومع ذلك فان الانتقادات الموجهة لمعيار الإنشاء لم تحل دون العمل به كما يدل على ذلك التعامل الدولي حيث تم الأخذ به في حالات عديدة من بينها ما ذهبت إليه لجنة التحكيم في قضية flack بين المكسيك وبريطانيا حيث اعتمدت جنسية بريطانيا على أساس وثيقة تأسيس الشركة بها، كما أن الشركة مستقرة في لندن، و نفس الموقف قررته لجنة التحكيم عند نظرها في النزاع الذي قام بين فترويلا و هولندا و قد قررت اللجنة وجوب الاعتداد بالجنسية الفترولية لأن الشركتين المتنازع بشأنهما تأسستا بفترويلا ووفقا للقانون الفترويلي ، و هناك تطبيقات أخرى أقرت فيها محاكم التحكيم الدولية العمل بمقتضى معيار التأسيس[2]

معيار مركز الإدارة الرئيسي: حسب هذا المعيار يتمتع الشخص الاعتباري بجنسية الدولة التي يوجد بها مركزا دارته الرئيسي الفعلي، فهناك دوما دولة واحدة تتمركز فيها الإدارة العليا للشخص الاعتباري، ومنه يتم توجيه باقي الفروع، رغم تعدد مراكز النشاط، وقد حضي هذا المعيار بتأييد واسع، فعملت بمقتضاه دول عديدة ،كفرنسا، ألمانيا، مصر، المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.. الخ[3]،كما لم يجد القضاء الدولي أية صعوبة في تحديده لمضمون هذا المعيار، فقد أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة في حكمها الصادر عام 1926 بشأن المصالح الألمانية في ماليزيا بان يتم الاعتداد بمقر اجتماع الجمعية العمومية للشركة باعتبارها الهيئة التي تمارس السلطات العليا للشخص الاعتباري و تنبع منها سلطات مجلس الإدارة وباقي الهيئات الأخرى المشرفة على الشخص الاعتباري[4] .

كما اخذ القضاء الفرنسي بمكان تواجد الجمعية العمومية و مجلس الإدارة و أجهزة التسيير الأخرى التي تتولى إصدار القرارات و التوجيهات لبقية الفروع الأخرى للشركة الأم بصورة فعلية في تحديدها لمركز الإدارة الرئيسي للشخص الاعتباري عند تعدد فروعه[5] .

---

[1]عبد الحميد عشوش: المرجع السابق ص 456. أنظر: محمد اسعد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق،ص 221.

[2]رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المراجع السابق، ص 193-194.

[3]هشـــام علي صادق .دراسة حول النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، ص147 منشورات المؤسسة العربية للضمان: الكويت .

[4])علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة، المرجع السابق، ص 84.

[5] العمراني شفيعة.الاالمرجع السابق، ص 62، و كذلك أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقات البترولية، المرجع السابق، ص 459.

و الجدير بالملاحظة أن معيار مركز الإدارة الرئيسي لا تأخذ به سوى الدول التي تشترط لمنح جنسيتها وجود ارتباط حقيقي بين الدولة و الشركة،لان تأسيس الشركة وفقا لهذا المعيار يتم حسب الشروط التي يقرها القانون المحلي،مما أدى بالبعض إلى القول بعدم وجود أي فرق بين معيار التأسيس و معيار مركز الإدارة الرئيسي و اعتبارهما كمعيار واحد مستشهدين في ذلك بما أخذت به بعض الاتفاقيات الدولية[1] مع أن الجمع بين معيار التأسيس ومركز الإدارة الرئيسي قد يؤدي إلى نوع من الاستحالة في التطبيق كما لو تأسست الشركة بمقتضى قوانين دولة معينة و كان مركز إدارتها الرئيسي في دولة أخرى، بل وقد ذهبت اتفاقيات أخرى إلى الجمع بين معيار مركز الإدارة الرئيسي و معيار الرقابة مثلما جاء ذلك في اتفاقية المؤسسة العربية لضمان الاستثمار[2].

إن معيار مركز الإدارة الرئيسي، يبقى المعيار الذي يؤمن استمرارية القانون الواجب التطبيق على النظام القانوني للشركة، فقد يتغير مكان نشاطها إلا أن نظامها القانوني يبقى مستمرا ما لم ينقل مقرها الرئيسي ،و قد أخذ المشرع الجزائري بهذا المعيار من خلال ما نصت عليه المادة 50 من القانون المدني و المادة 1/547 من القانون التجاري التي نصت على انه (يكون موطن الشركة في مركز الشركة) و المقصود بموطن الشركة هنا مكان تواجد مركز إدارتها كما جاء ذلك في الفقـــرة الخامسة من المادة 50 من القانون المدني التي نصت"الموطن هو المكان الذي يوجد فيه مركز أدارتها"،كما يستشف ذلك أيضا، من بعض الاتفاقيات التي أبرمتها الجزائر كالاتفاقية الجزائرية – اليوغسلافية المبرمة في 1 مارس 1983 التي جاء فيها على أن الحماية القانونية للرعايا تمتد لتشمل في مفهومها الأشخاص المعنوية المحدثة وفقا لقوانين الطرفين المتعاقدين و التي يوجد مقرها ضمن إقليم الطرفين، كما تضمنت الاتفاقية القنصلية الجزائرية – التونسية المبرمة في 24 أفريل 1983 الأخذ بمبدأ (المقر) كمعيار لتحديد جنسية الشركة و القانون الواجب التطبيق عليها نظرا لما يتميز

---

[1] الاتفاقية المبرمة بين سوريا و فرنسا عام 1977 حيث نصت المادة 3/1 منها (يقصد بتعبير الشركات كل شخصية اعتبارية مكونة على أراضي أحد الطرفين المتعاقدين وفقا لقوانينه و أنظمته التي يوجد في إقليمه مركزها الرئيسي)، علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول النامية، المرجع السابق، ص83.

[2] تنـــص المـــادة 1/17 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان (يشترط في المستثمر الذي يقبل طرفا في عقد التأمين أن يكون فردا من مواطني الأقطار المتعاقدة أو شخصا اعتباريا تكون حصصه واسمه مملوكة بصفة جوهرية لأحد هذه الأقطار أو لمواطنيه و يكون مركزه الرئيسي في أحد هذه الأقطار.)

به من ثبات واستقرار[1] وقد أخذت به اتفاقية Bénélux المتعلقة بالقانون الدولي الخاص الموقعة في 11 ماي 1951، كما أيده غالبية الفقه إذ اعتبروه أفضل معيار تتأسس عليه رابطة التبعية بين الشخص الاعتباري والدولة مناحة الجنسية[2] .

معيار الرقـــــابة: حسب مفهوم هذا المعيار فإن جنسية الأشخاص الاعتبارية لا يمكن أن تقوم بمجرد الإنشاء أو وجود مركز الإدارة الرئيسي، وأنه لا ينبغي الاكتفاء في تحديد رابطة التبعية بين الشخص الاعتباري والدولة التي يتبعها من منظور وجود إطار قانوني وتنظيمي،بل يجب التوغل ما وراء الشخصية المعنوية لمعرفة من يسيطر على الشخص الاعتباري فعليا ومن يمارس الرقابة الفعلية عليه وليس مجرد وجود الشخص كإطار أو تنظيم قانوني، و معيار الرقابة بهذا المفهوم يقترب من معيار جنسية الشركاء،لان هذا الأخير يقوم على واقع ملموس يتمثل في من يمتلك أموال الشركة.

إن معيار الرقابة يعتبر اكثر استجابة مع الظروف الواقعية للشخص الاعتباري ،ويتفق تمام الاتفاق مع الاتجاه الحديث لفكرة الجنسية الفعلية التي أقرها القضاء الدولي في قضية نوتمبوم، لذا يذهب الفقه الحديث إلى تأكيد حق الدولة في حماية الشخص الاعتباري إذ كان هذا الشخص خاضعا لإشرافها أو لأشراف مواطنيها و ليس لمجرد تمتع الشخص الاعتباري بجنسيتها وفقا للمعايير التي أتينا على ذكرها فيما سبق، و لعل هذا ما يبرر امتناع الكثير من الدول عن ممارستها الحماية الدبلوماسية وقد دافعت بلجيكا عن وجهة نظرها استنادا إلى معيار الرقابة في نزاعها مع إسبانيا حول قضية شركة برشلونة طراكشن (bercelona traction) بينما دفعت إسبانيا بانعدام صفة الدولة البلجيكية مادامت الشركة تحمل الجنسية الكندية، و قد انتاب هذا النزاع اتجاهان، الأول ويقوم على الاعتقاد بأن المحكمة سوف تعتنق الموقف البلجيكي المبنى على أساس الارتباط الاقتصادي القائم بين الشركة و الدولة البلجيكية، حتى و إن كانت الشركة تتمتع بالجنسية الكندية، لان رابطة الجنسية بين الشركة و الدولة المانحة للجنسية رابطة صورية في الوقت الذي تعد فيه أكثر ارتباطا مع بلجيكـــا.

---

[1] أنظر: موحند اسعد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 226.

[2] لقـــد ورد في نص المادة الثالثة من الاتفاقية المشار إليها أعلاه على أنه (يجب أن ينظر الشخص القانوني على أن مقره يقع في المكان الذي به سيطرته المركزية) أنظر في ذلك: محمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق، ص 459.
و هو ما يتماشى مع نظرية الجنسية الفعلية التي أقرتها محكمة العدل الدولية، كما أسلفنا في قضية نوتيبوم.

بينما يقوم الاتجاه الثاني على عدم الاعتداد بالموقف البلجيكي من منطلق أن معيار الرقابة الذي تتمسك به بلجيكا لا يأخذ به القانون البلجيكي كأساس لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية فيها و لهذا السبب لا يحق لبلجيكا أن تتصدى لحماية الشركة لأن الشركة لا تتمتع بجنسيتها وفقا لقانونها وتبقى الجنسية الكندية للشركة قائمة على أسس فعلية ما لم يثبت تمتعها بجنسية دولة أخرى تكون أكثر ارتباطا بها و قد انتهى هذا الرأي إلى التأكيد على أن فكرة الجنسية الفعلية يعمل بها في ظل الأشخاص الاعتبارية كما هو الحال عليه في جنسية الأشخاص الطبيعية ولو ان تطبيق فكرة الجنسية الفعلية لا يكون إلا في حالة تنازع الجنسيات للشخص الواحد فتستعمل كمعيار ترجيحي بين الجنسيات المتنازعة، وقد أيدت محكمة العدل الدولية هذا الموقف في حكمها الصادر بتاريخ 5 فبراير 1970 برفضها لدعوى بلجيكا[1] و يستخلص مما تقدم أن المحكمة قد اعتبرت مركز إدارة الشركة عاملا مهما في تحديد صلة الشركة بالدولة لممارسة حق الحماية الدبلوماسية،كما تشترط دول أخرى وجوب توفر شرط المصلحة الجوهرية لممارسة الحماية الدبلوماسية حتى وان كان هذا الشرط مكملا لمعيار التأسيس و مركز الإدارة الرئيسي[2] .

ويبدو من خلال حكم محكمة العدل الدولية المتعلق بالنزاع الأسباني البلجيكي المعروف بقضية برشلونة تراكشن المشار إليه أن المحكمة الدولية قد توصلت في حكمها إلى عدم الاعتراف بالحماية الدبلوماسية للمساهمين متجاهلة بذلك التطبيقات الدولية الصادرة في هذا الشأن و التي أقرتها لجان

---

[1] في عام 1911 تأسست شركة برشولنا تراكشا و تحمل الجنسية الكندية وفقا للمعيار المتبع في القانون الكندي وهو معيار مركز الإدارة الرئيسي، بينما كانت تمارس نشاكها في إسبانيا بمقتضى امتياز منح لها من طرف إسبانيا، إلا أنه وبمقتضى إجراءات اتخذتها الحكومة الإسبانية أدت إلى إعلان إفلاس الشركة دون أن تتدخل الحكومة الكندية لحماية الشركة لا لأنها رأت بأنه. و إن كانت الشركة تتمتع بجنسيتها وفقا لقوانينها إلا أنها لا توجد بها مصالح كندية باعتبار أن أكثر من 90 ./. من أسهمها مملوكا لغير الكنديين لذلك لا نرى مبررا لتدخلها لحماية الشركة المذكورة دبلوماسيا، فتدخلت الحكومة البلجيكية لدى السلطات الإسبانية معتبرة الإجراءات المتخذة ضد الشركة غير المشروعة، ولما فشلت المساعي الدبلوماسية تقدمت بدعوى أمام محكمة العدل الدولية. و قد جاء في حكمها ما يلي: (إن الحق الذي تملكه دولة جنسية حملة الأسهم من ممارسة حقها القانوني، فدولة جنسية الشركة حرة تماما في أن تقرر ما إذا كان من المناسب أن تحمي الشركة أم لا، و هي غير ملزمة بإعلان أسباب قرارها). هشام علي صادق: المرجع السابق، ص .140

[2] رفيق عطية الكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 197-199.

التحكيم الدولية في بعض النزاعات[1] كما أن المحكمة لم تأخذ بمعيار الرقابة الذي يقتضي النظر لما وراء الشخصية القانونية،خاصة و أن كندا أعلنت رفضها في حماية الشركة التي و إن كانت تحمل جنسيتها إلا أن أكثر من 90 ./. من أسهمها مملوكة لغير الكنديين، و بإعلان كندا عن انسحابها ثار التساؤل فيما إذا كان لدولة المساهمين الحق في ممارسة الحماية، و كانت إجابة المحكمة منحصرة في تحديد جنسية الشركة من منظور القانون المحلي دون الرجوع إلى ما تقرره مبادئ وقواعد القانون الدولي العرفي ،لذلك اعتبر ما توصلت إليه محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة تراكشن إخفاقا و تراجعا عن مبدأ الجنسية الفعلية الذي يعود الفضل في تأسيسه و إقراره إلى القضاء الدولي، كما أنه من الناحية الفعلية فإن الحكم المذكور قد جرد المساهمين البلجيكيين من أية حماية دولية.

الفـــرع الثـــالث

شرط استنفاذ وسائل التقاضي المحلية

إذا كانت الحماية الدبلوماسية المقررة لصالح المستثمرين و للرعايا الأجانب بوجه عام لا تقوم إلا على أساس قيام رابطة التبعية فإن هذه القاعدة لا تكفي، إنما لا بد من أعمال قاعدة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية أو المحلية للدولة المتسببة في الضرر، مما يستوجب على المستثمر الأجنبي المتضرر أن يقوم باستنفاذ طرق الطعن المحلية إدارية كانت، أم قضائية،والمقررة في تشريع الدولة المضيفة ودون مراعاة لهذا الشرط لا تستطيع دولة المتضرر المطالبة بالحماية الدبلوماسية و القول بخلاف ذلك معناه الحكم السابق لأوانه لان المتضرر قد يحصل على التعويض المستحق دون حاجة لممارسة حق الحماية الدبلوماسية،و هناك من يرى بأنه لا يكفي مراعاة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية بل مراعاة نتيجة هذا الاستنفاذ فإن لم تؤد طرق الاستنفاذ إلى إصلاح الضرر عندها فقط يحق لدولة المتضرر التدخل لحمايته، أما ماعدا ذلك فلا يجوز بل و يشترط البعض أن يكون الحكم نهائيا وحائزا لحجة الشيء المقضي به[2] ذلك أن اشتراط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية للدولة المضيفة معناه إتاحة الفرصة للمتضرر و للدولة المتسببة في الضرر التعبير عن حسن

---

[1] لقـــد أقـــرت محـــاكم التحكيم في النزاعات التي عرضت عليها كقضية السكك الحديدية ديلوجوا بين الولايات المتحدة وبريطانيا والـــبرتغال، و كذلـــك قضية شركة السلفدور التجارية بعدم وجود مانع في القانون الدولي يقضي بعدم حماية المساهمين، رفيق عطية انكسار: الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، المرجع السابق، ص 202-203.

[2] علي حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية....... المرجع السابق، ص 238.

نيتهما، فإذا كان التعويض مناسبا لإصلاح الضرر و كافيا فما الداعي لإثارة الـنزاع، أما إذا كان التصرف ينطوي على غبن أو إجحاف مع اعتقاد المتضرر أن الحكم الذي صدر في حقه ينطوي على تمييز أو مخالفة لقواعد القانون الدولي عندها جاز لدولة المتضرر مباشرة الحماية الدبلوماسية و قد تناول القضاء الدولي موضوع شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية من خلال حكم محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية شركة **انترهاندل** بين الولايات المتحدة و سويسرا أين دفعت الولايات المتحدة، بعدم صحة المطالبة السويسرية على أساس أن الشركة المذكورة لم تستنفذ إجراءات التقاضي المتاحة لها في النظام القضائي الأمريكي مؤكدة بأن الـنزاع مازال لم يفصل فيه نهائيا أمام محاكم الاستئناف[1] و هو نفس الموقف الذي عبرت عنه الحكومة البريطانية في قضية tlahualilo حيث جاء في مذكرتها" أن حكومة الجلالة مستعدة بأن تنتظر نتيجة الدعوى المعروضة على محاكم الاستئناف، غير أنه إذا كان الحكم لا يحقق العدل، فإن الحكومة البريطانية ستضطر لتقديم احتجاج دبلوماسي لفائدة المصالح البريطانية في الشركة المذكورة"[2].

كما أقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها الصادر في 14 ديسمبر 1962 تحت رقم 1803 المتضمن لمبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية أنه (يراعي حال نشوء نزاع حول موضوع التعويض استنفاذ طرق التقاضي الوطنية للدولة التي اتخذت تلك الإجراءات ويراعي كذلك حال وجود اتفاق بين الدولة ذات السيادة و الأطراف المعنيين الآخرين تسوية الـنزاع بطرق التحكيم). وتأكد هذا الموقف أيضا في ميثاق حقوق وواجبات الدول الاقتصادية الصادر في 14 ديسمبر 1974 بمقتضى القرار رقم 3281 ،ومن خلال ما تقدم يتبين أن العمل الدولي قد أقر قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية معتبرا إياها قاعدة من قواعد القانون الدولي العرفي و يبرر بعض الكتاب هذا الموقف بأنه إذا كان عقد الامتياز يعد بالنسبة للمستثمر مجرد عمل تجاري فهو لا يعد كذلك بالنسبة للدولة المضيفة، إذا ما تعلق الأمر باستغلال ثرواتها الطبيعية، عندها يصير مرتبطا بالمصلحة العليا لتلك الدولة وبنظامها العام،وبالتالي لا يجوز إخضاعه لغير القضاء المحلي، و قد

---

[1] تتلخص وقائع هذا النزاع في أن الولايات المتحدة الأمريكية استولت على نصيب شركة انترهاندل في اتحاد الشركات الأمريكية بمقتضى قانون منع الاتجار مع العدو الصادر في 1917 بعد أن تبين لها أن الشركة المذكورة أقامت رابطة مشاركة مع شركة ألمانية فتبنت سويسرا المطالبة أمام محكمة العدل الدولية الدائمة. أنظر: عبد الحميد عشوش: المرجع السابق، ص 464.

[2] M ..Paul de visscher , la protection des personnes morales. Op. cit. p 476.

تجسد هذا الموقف في تشريعات الكثير من دول أمريكا اللاتينية و في العقود التي أبرمتها مع المستثمرين الأجانب[1].غير أن اشتراط استيفاء طر ق التقاضي الداخلية لا يعني عدم الخروج عنها، فإذا رأت الدول أن مصالحها تقتضي العمل بما يخالف محتوى هذه القاعدة حق لها مخالفتها و في ذلك يقول الأستاذ / محمد طلعت الغنمي (إن اللجوء إلى التحكيم لا يتعارض مع سيادة الدولة) إن الموقف الاختياري للدول في تطبيقها لشرط استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية يبعث على التساؤل حول مدى قانونية هذا الشرط و ما هي طبيعته كقاعدة قانونية و في هذا الشأن تجدر الإشارة إلى أن الفقيه hudson اعتبره قاعدة موضوعية تستوجب إبطال كافة الإجراءات القانونية في حالة إغفالها و مخالفتها و أي مطالبة تقوم بها الدول دون مراعاة لها تعتبر باطلة،وإن المقصود بصفة القاعدة الموضوعية ،هو أن تكون أساسا لقيام المسؤولية الدولية ذلك انه إذا لم يقم المتضرر باستنفاذه إجراءات التقاضي الداخلية،فان مسؤولية الدولة المتسببة في الضرر لن تقوم لان المتضرر لم يستنفذ الإجراءات لمعرفة ما إذا كانت الدولة المتسببة في الضرر قد امتنعت عن إصلاح الأضرار المتسببة فيها وفق نظامها القانوني و مادام المتضرر لم يستنفذ فلا مجال إذا للحديث عن المسؤولية الدولية. بينما يعتبرها الفقيه fitz maurice قاعدة إجرائية يمكن إغفالها أو التنازل عنها[2] فهي شرط لممارسة دعوى المسؤولية وليست شرطا لوجود المسؤولية ذاتها ذلك أن عدم استنفاذ هذا الشرط لا يلغي المسؤولية إنما يؤخر إثارة المسؤولية لحين استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية للدولة المتسببة في الضرر، أما عن مضمون قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية في التطبيق الدولي وعن صياغتها كما تضمنها القرار رقم 1803المتضمن لمبدأ السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة والمادة الثانيـــة من ميثاق حقوق وواجبا ت الدول الاقتصاديـــة[3] نجد بأنها قاعدة ذات طبيعة مزدوجة، فهي قاعدة موضوعية من حيث صفتها الإلزامية لكونها تطبق

---

[1]إبراهـيم شحاتة.الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة، مقال.المجلة المصرية للقانون الدولي.ع24 لعام 1968 ص 46.

[2]أحمد عبد الحميد عشوش: النظام القانوني للاتفاقيات البترولية، المرجع السابق. ص 466-468.

[3]لقـد ورد في الفقـرة الرابعة من مشروع القرار بعد التعديل (... يراعى حال نشوء أي نزاع عن مسألة التعويض، استنفاذ الطرق القضـائية للدولـة التي تتخذ تلك التدابير، و يراعى مع ذلك حال توفر الاتفاق بين الدول ذات السيادة و الأطراف المعنيين الآخرين تسـوية الـنزاع بطـريق التحكيم أو القضاء الدولي) مشار إليها في: حسن عطية الله،سيادة الدول النامية على موارد الأرض.المرجع السابق، 449

تلقائيا ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي باستبعاد تطبيقها،أما النص على تطبيقها فهو مجرد تأكيد لها ولا يتعدى أثره القانوني عن كونه مجرد أثر كاشف لها، لأن حجيتها مستمدة من ذاتيتها و ليس من الاتفاق الكاشف عنها.كما لو افترضنا أن دولتين أو أكثر أبرمتا اتفاقا يتضمن تنظيم الاستثمارات فيما بينها و لم تتطرق إلى طرق وآليات تسوية النزاعات فيما بينها ففي مثل هذا الحال تصبح قاعدة استنفاذ إجراءات التقاضي ملزمة لجميع الأطراف لأن عدم النص عليها لا يعني استبعادها أو التنازل عنها، ولن يغير ذلك شيئا من صفتها الإلزامية أو من طبيعتها كقاعدة موضوعية .

أما عند استبعاد قاعدة استنفاذ الإجراءات الداخلية بنص صريح وارد في الاتفاقية فتصبح هذه القاعدة قاعدة إجرائية الغاية منها أن تتحول إلى إجراء يتم بمقتضاه إحلال القاعدة الاتفاقية المنبثقة عن سيادة الدول في تقرير ما تراه مناسبا لمصالحها بدل ما كانت تقرره القاعدة العرفية،لذلك و في كثير من الأحيان تلجأ الدول المصدرة لرؤوس الأموال إلى النص صراحة في الاتفاقيات التي تبرمها مع الدول المستوردة للأموال بالنص صراحة على استبعاد شرط استنفاذ إجراءات التقاضي المحلية، خاصة و أن إجراءات التقاضي بوجه عام تتسم في معظم الدول المتخلفة بالبطيء و عدم التكيف مع طبيعة الأنشطة مما ينقص من فعالية قضائها و عدم الاطمئنان له وان كان البعض يرى بان عدم تكيف القضاء المحلي لا يعود إلى خطأ القاضي الوطني إنما يعود إلى كون أن الدول الغربية تحاول أن تنقل نظامها القانوني إلى الدول النامية و هو مصدر الخطأ[1] الأمر الذي أدى إلى التباين في المواقف فقد ذهب الفقيه: prsper weil إلى التأكيد، بأن النشاط الاقتصادي لا يجب أن ينظر فيه القضاء العادي لصعوبة التكيف مع معطياته المعقدة و المتغيرة، و أن القضايا التي عرضت على المحاكم أظهرت عدم قدرة القاضي على حسم المنازعات الاقتصادية بكيفية مرضية[2]بل ويزداد الأمر تعقيدا حينما لا يستطيع القاضي الوطني التعرض لبعض الإجراءات التي تتخذها دولته بوصفها أعمالا سيادية أو لتمتعها بالحصانة، إعمالا لمبدأ حصانة التصرف أمام القضاء الداخلي مما قد يؤدي إلى الإضرار بمصالح المستثمرين الأجانب و إهدار حقوقهم، لذلك يذهب جانب من الفقه إلى اعتبار عدم وجود إجراءات طعن أو تدرج قضائي لدى الدولة المضيفة بمثابة الضوء الأخضر لتحريك دعوى الحماية،حتى وان لم تستنفذ إجراءات التقاضي الداخلية و قد أيد القضاء الدولي هذا الموقف

[1] حسن عطية الله: نفس المرجع السابق، ص 448.

[2] عبد القادر القادري: القانون الدولي العام، مكتبة المعارف .ط 1984 ص 316.

حينما اعتبر عدم وجود تعدد في درجات التقاضي من قبيل عدم كفاية وسائل التقاضي الداخلية[1] كما انه من بين الأعمال المستقر عليها في القضاء الدولي والتي لا تستوجب العمل بقاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية للدولة المتسببة في الضرر حينما يتعلق الأمر بخرق قواعد القانون الدولي أو حينما يرد الضرر على الدولة مباشرة أو من خلال شخص رعيتها كالاعتداء على مبعوثيها الدبلوماسيين[2]،وهذه الحالات لا تمثل استثناء لقاعدة استنفاذ إجراءات التقاضي المحلية بل تمثل موضوعات قائمة بذاتها وتجد أساسها القانوني في طبيعة التراع نفسه ذلك أن الاعتداء الذي يصيب الدولة يمثل اعتداء على شخص من أشخاص القانون الدولي و لا يمكن في مثل هذه الحالة إخضاعه للقضاء الداخلي لأي دولة من الدولتين استنادا إلى مبدأ المساواة فيما بين الدول وتكافؤ السيادات.

أما إذا تعلق الأمر بإجراء من الإجراءات التي تصيب الأشخاص الخواص فإن ممارسة الحماية الدبلوماسية يبقى مرهونا بتوافر شروط تلك الحماية سواء فيما تعلق بشرط الجنسية أو بشرط استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية، يضاف إلى ذلك أن نظرية الحماية الدبلوماسية كما أقرها العرف الدولي، لا تخول للمستثمر الأجنبي إمكانية مقاضاة الدولة مباشرة أمام القضاء الدولي مما يثبط من عزيمة المستثمر ويثير عدم اطمئنانه للحماية الدبلوماسية كأداة فعالة لحماية حقوقه.

إن تعرض المستثمر الأجنبي إلى أي إجراء من إجراءات نزع الملكية او الاستيلاء على أمواله، لا يؤدي بالضرورة إلى ممارسة دعوى الحماية الدبلوماسية،خاصة إذا علمنا أن هذا الحق مقرر للدولة تستعمله متى شاءت و قد لا تستعمله و لا يستطيع أحد إجبارها على ذلك و يعتبر ما وقع في قضية شركة برشلونة طراكشن خير شاهد على ما نقوله ،من هنا كانت أهمية البحث عن وسائل أخرى لحماية المستثمر الأجنبي من طرف الدولة المصدرة لرؤوس الأموال أمرا محتوما وقد تجسد ذلك في أنظمة الضمان الوطنية بدل نظام الحماية الدبلوماسية الذي يسير نحو التلاشي التدريجي و هذا ما نتناوله في المبحث الثاني من هذا الفصل.

---

[1]أنظر في ذلك: هشام علي صادق: الحماية الدولية للمال الأجنبي، المرجع السابق، ص 160.

[2]علي حسن ملحم:دور المعاهدات الدولية.... المرجع السابق، ص 241.

المبحـــث الثـــاني
أنظمة الضمان الوطنية ومدى فعاليتها في حماية الاستثمار

تمهيـــد:

إذا كان نظام الحماية الدبلوماسية، لا يوفر الحماية القانونية اللازمة للمستثمرين الأجانب لما يثيره من تعقيدات و حساسيات سياسية فيما بين الدول، فإن نظام الضمان يجنب الدول المضيفة و المصدرة لرؤوس الأموال الصراعات السياسية التي قد تفضي إلى نزاعات دولية، كما يوفر في ذات الوقت الحماية القانونية و المالية للمستثمر نظرا لما يتوفر عليه من تقنيات و آليات تسمح للمتضرر الحصول على التعويض بمجرد وقوع الضرر ودون حاجة إلى تحريك الدعوى، فما المقصود بنظام الضمان، و ما هي شروطه و طبيعته؟وللإجابة عن هذه التساؤلات نتولى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول
نشأة أنظمة الضمان الوطنية وطبيعتها القانونية

نتناول في هذا المطلب نشأة فكرة الضمانات الوطنية وتطورها ومدى أهميتها كفرع أول،ثم نتناول في الفرع الثاني مفهوم وطبيعة نظام الضمانات الوطنية وخصائصها.

الفـــرع الأول
نشأة وتطور نظام الضمانات الوطنية ومدى أهميتها

نشأة وتطور نظام الضمانات الوطنية

لقد أدت ظاهرة تداخل مصالح المستثمرين الأجانب ودولهم،إلى بروز شعور قوي يقضي بضرورة حمايتهم و ضمان ممتلكاتهم من الخسائر الناجمة عن الحروب و الثورات و أعمال التعدي التي يتعرضون لها في الدول المضيفة لهم ماداموا يساهمون في تحقيق الأهداف السياسية و الاقتصادية المتوخاة من تواجدهم بالخارج ، لذا فان فكرة الضمانات المالية قد عرفتها الدول الأوروبية منذ القرن التاسع عشر من خلال ما أبرمته من اتفاقيات فيما بينها لضـــمان قروض رعاياها بالخارج[1] .

---

[1] من بين اتفاقيات الضمان المالي الاتفاق المبرم بين فرنسا و بريطانيا و روسيا و ملك اليونان في 7 مارس 1832 والاتفاق المبرم بين فرنســا و بريطانيا و تركيا في 27 جوان 1855 و كذلك الضمانات التي أعطيت لسندات السكك الحديدية التي طرحت في أسواق لندن و باريس. إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.دارالنهظة العربية.القاهرة ط.1971 ص 18.، 19

بيد أن الأمر لم يقتصـــر على ضمان الأموال المتداولة فيما بين الدول الأوروبية إنما شمل أيضا أموال الرعايا الأوروبيين الملزمين بعمليـــات مالية في الخارج من قبل القوى العظمى لدى بعض الدول الأخرى التي لا تنتمي إلى دول النادي الأوربي،كالضمانات التي كانت تعطى للرعايا الأجا نب المتواجدين باليونان و تركيا و مصر،حتى ان كانت الغاية من الضمان لا تعني حماية تلك الأموال من المخاطر السياسية، بقدر ما تهدف لفرض تطبيق قواعد غير متكافئة،بين الرعايا الأجانب والدول المستقبلة لهم الشيء الذي يسمح بفرض رقابة مالية على الدولة المقترضة إلى جانب تكريس المبادئ القانونية والاقتصادية ذات التصور الرأسمالي الخاص، أما إذا تتعلق الأمر بالمصالح العليا لدولهم[1] فإن مقرضي الأموال يستفيدون من حماية خاصة.

لذا فإن حكومات الدول المصدرة لرؤوس الأموال كانت تعطي رأيها المسبق فيما يخص العمليات الاستثمارية المبرمجة من طرف مستثمريها في الخارج، لكن الموافقة المسبقة لا تعني بالضرورة تحمل دولة المستثمر الخسائر التي يتعرض لها استثمار رعاياها بالخارج[2] وقد تؤدي الموافقة المسبقة إلى ترتب التزام معنوي على حكومة المتضرر التي أعطت موافقتها المبدئية ،الشيء الذي يفسر استمرار حكومات الدول المصدرة لرؤوس الأموال في ممارستها لنظام الحماية الدبلوماسية في حق رعاياها المتواجدين بالخارج.

إن الضمانات المالية الممنوحة من طرف حكومات مقرضي الأموال تشكل وسيلة هامة في تدويل العلاقات القانونية للاستثمارات التي هي في أصلها علاقات خاصة،كما أكدها حكم محكمة التحكيم الصادر في عام 1901 بين فرنسا و الشيلى الذي جاء فيه "إن طبيعة الضمان المعطى من طرف الدولة لدائنيها الخواص الأجانب لا يشكل واقعة معترف بها من طرف القانون الدولي..... و

---

1 George fischer , la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l'étranger , revue juridique et politique Français 1955 L. G. D. J. P . p 543 -544

2 لقد رفضت الحكومة البريطانية في 1875 تحمل مسؤولية القرض التركي الذي تم بتوصية منها. أنظر في ذلك
George fischer, la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectues a l étranger, op. ,Cité 543.

أن آثار القانون الدولي لا يمكن أن تنتج إلا من خلال معاهدة دولية، أما الضمانات التي ثار بشأنها الخلاف، لا تعدو أن تكون مجرد عقد من عقود القانون الخاص[1].

و رغم الموقف الصريح للقضاء الدولي برفض فكرة تدويل العلاقات القانونية الخاصة إلا أن الدول المصدرة لرؤوس الأموال تسعى دوما إلى تدويل العلاقات القانونية للاستثمار من خلال إبرامها لاتفاقيات الضمان مع الدول المستوردة لرؤوس الأموال[2].

إن الضمان الممنوح لرعايا الدول المصدرة لرؤوس الأموال في الماضي يعكس الاهتمام السياسي و الاقتصادي للقوى العظمى بمصالحها الاقتصادية والمالية، ذلك أن الضمانات الممنوحة للقروض التي يدعى فيها الرعايا الأجانب للمشاركة في الدول المقترضة، كانت تتضمن خدمة الدين و فوائده مما أضفى عليها طابع الائتمان المالي. بينما ينصب نظام الضمان الوطني في الوقت الحاضر على المشروع الاستثماري ككيان قانوني[3]،و بذلك تكون فكرة الضمان المالي قد تطورت من مفهوم الائتمان المالي القائم على المخاطر التجارية (كإعسار المدين و تأجيل دفع الدين و ما شابه ذلك) إلى مفهوم ضمان المخاطر غير التجارية التي تخرج عن ذاتية المدين لتشمل ما يسمى بالمخاطر السياسة، و بذلك يكون نظام الضمان قد تطور في مفهومه و في آلياته وأصبح نظاما يعرف بأنــه " عقد توافق بمقتضاه حكومات الدول المختلفة على تأمين استثمارات رعاياها في الخارج ضد الأخطار السياسية و الاقتصادية،و يحدد عقد التأمين التزامات كل طرف"[4]

ومن خلال هذا التعريف يتبين لنا أن نظام الضمان الوطني يختلف عن الضمانات المالية الممنوحة في الماضي للقروض الخارجية، فالضمانات المالية الممنوحة بمقتضى نظام الضمان الوطني

---

1 George fischer. la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l'étranger , Op. cit. p 454

2 في عـــام 1964 بلغ عدد الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة 58 اتفاقية ضمان. أنظر في ذلك: سامي عفيفي حاتم: التأمين الدولي، المرجع السابق، ص 242.

3 يعتـــبر مـــن قبـــيل الائتمان المالي القروض التي تدخل في إعادة البناء الاقتصادي و ليس مجرد قروض التصدير أو قروض العمليات الـــتجارية، بل وقد يصعب التمييز بين ما يعتبر ضمانا للاستثمار بالمعنى المعمول به في نظام الضمان و قروض التصدير الطويلة الأجل التي ارتضاها مورد لمستورد أجنبي. أنظر: الدراسة التي أعدتها إدارة البحوث بالصندوق الكويتي للتنمية، في إطار الاجتماع الثاني لخبراء الـــتمويل العـــرب حول موضوع ضمان الاستثمارات لعام 1969. منشورات الصندوق الكويتي للتنمية، ص 69 و70. و كذلك: إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 11.

4 إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق، ص 11.

تقوم أساسا على نص تشريعي مسبق[1] بينما كانت الضمانات التي تمنح في الماضي بناء على توصيات وتصريحات سياسية و كانت تعطى لعمليات معينة و لاعتبارات سياسية محضة.

إن الضمان الممنوح بمقتضى نظام الضمان الوطني يشمل معظم استثمارات رعايا تلك الدولة، و أن الدولة المضيفة لا تتحمل أية مسؤولية إلا إذا تحقق الخطر، كما أن الخطر محدد باتفاق مسبق، و أن الضمان لا يعطى لدولة المتضرر سوى حق في إحلالها محل المتضرر للمطالبة بإصلاح الضرر ووفق شروط متفق عليها، بينما نظام الضمان المالي الذي كان معمولا به في القرن التاسع عشر، كان يعطي للدولة الضامنة حق ممارسة الرقابة على الدولة المستوردة لرأس المال بغض النظر عن حدوث الضرر من عدم حدوثه، كما أن اتفاقيات الضمانات التي كانت تبرم بين الدولة الضامنة و بين الدولة المستوردة كانت تنشئ التزامات متعددة و عامة على عاتق الدولة المقترضة بينما لا تنشئ اتفاقيات نظام الضمان سوى الالتزام بالتعويض في حالة وقوع الخطر المضمون، و أن المستثمر لا يستطيع إلزام الدولة الضامنة اتخاذها أي إجراء ضد الدولة المتسببة في الضرر يتعدى حدود المطالبة بالتعويض و تقدمه عن بقية المستثمرين الوطنيين غير المشمولين بعمليات الضمانات التي توفرها أنظمة الضمانات الوطنية، و قد أثار موضوع المستثمرين المشمولين بالضمان و غير المشمولين به فكرة التمييز بين رعايا الدولة الواحدة مما أدى إلى جدل كبير أثناء ظهور نظام الضمان في الولايات المتحدة، وفي اعتقادنا أن نظام الضمان لا يمثل أي التمييز بين مستثمري البلد الواحد لأن التمييز يفترض فيه وجود أوضاع متماثلة بين جميع المستثمرين، أما و أن تعلق الأمر بأوضاع مختلفة، فلا مجال للحديث عندئذ عن فكرة التمييز أساسا، ذلك أن طبيعة وظروف الاستثمار المتواجد خارج حدود إقليم الدولة وبين أوضاع الاستثمار الذي يتم بداخلها أمر مختلف يقتضي معاملة خاصة تتماشى وطبيعة الأهداف و المخاطر التي تعترض سبيله، فالاستثمار الموجه إلى الخارج يستجيب للأغراض السياسية و الاقتصادية لدولة المستثمر. كما يستجيب لأغراض الدولة المضيفة إذ يساهم في بناء و تطوير اقتصاد هذه الأخيرة و يعمل على تفعيل عناصر إنتاجها بماله من تقنيات و خبرة،

---

[1] لقد أنشئ نظام الضمان في الولايات المتحدة بموجب قانون التعاون الاقتصادي 1948 بينما تضمن قانون الميزانية في جمهورية ألمانيا عام 1958 إنشاء نظام الضمان كما جاء ذلك و لأول مرة في تصريح وزير المالية الألماني. أما في فرنسا فإن التأمين على الاستثمارات تم بموجب المرسوم التشريعي الصادر في شهر أفريل 1967. أنظر في ذلك: بحث في نظم الضمان، الصندوق الكويتي للتنمية، المرجع السابق، ص 4، 24 ، 40 و كذلك: حسن عطا الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية، المرجع السابق ص 201.

كما أن الاستثمار الخارجي يكون أكثر من غيره عرضة للمخاطر غير التجارية، فمثلا خطر عدم تحويل الفوائد و راس المال لا يمكن تصور حدوثه إلا إذا تعلق الأمر باستثمارات تمت خارج النطاق الإقليمي لدولة المستثمر، لذا فان الضمانات التي يستفيد منها المستثمر المقيم خارج نطاق دولته لا يمكن لها أن تؤسس على فكرة التمييز بين مستثمري البلد الواحد إنما قد تؤسس على طبيعة الاستثمار موقع نشاطه وأهدافه و مخاطره، و قد تأكدت هذه الفكرة في عهد عصبة الأمم بالنسبة للقروض التي كانت تتلقاها بعض الدول المقترضة لمواجهة المصاعب الاقتصادية و المالية و كانت تؤدى مقابل مزايا و ضمانات[1].

إن الضمان الممنوح للمستثمرين الأجانب إن كان له مبرر من وجهة نظر الدولة المصدرة لرؤوس الأموال فإن التساؤل يبقى مطروحا بالنسبة للدولة المستوردة، لان استحداث نظام قانوني خاص ومتميز للمستثمرين يفصلهم عن النظام القانوني للدولة المتواجدين فيها يعد خرقا وانتهاكا لحرمة وسيادة هذه الدول[2] مما أدى بها إلى السعي وراء استصدار مجموعة من القرارات التي أثبتت حقها في السيادة على مواردها الطبيعية و في تنظيم الاستثمارات الأجنبية بما لا يدع أي مجال للشك،وهذا مـــا تأكد في قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام 1966 رقم 2158 أثناء الدورة الحادية و العشرين الذي جاء فيه " أن رؤوس الأموال الأجنبية العامة و الخاصة في البلدان النامية يجب أن تخضع لإشراف حكومي يرمي إلى ضمان استخدامها لمصلحة الإنماء القومي"[3] وتأكد هذا الموقف أيضا في القرار رقم 3281 لعام 1974 المتعلق بالحقوق والواجبات الاقتصادية الذي جاء فيه " بأن لكل دولة الحق في تنظيم و ممارسة السلطة على الاستثمارات الأجنبية...... و لا تجبر أي دولة على منح معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية".

---

[1] George fischer. la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l'étranger, Op. cit. p 547.

[2] يرى بعض الاقتصاديين أن الاستثمارات الأجنبية في معظم الأحيان تكون خارج الإطار التنظيمي للدول المستوردة لها نتيجة ضعف البنى السياسية و الاقتصادية أنظر في ذلك :

Hosny el gamel. l'assurance des investissements étrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux Op. cit. P

[3] حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض، المرجع السابق، ص 208.

كما أكدت لجنة التحكيم في النزاع الأمريكي السلفدوري على هذا الموقف حيث جاء في قرارها،بأن الأشخاص الأجانب الذين يزاولون نشاطهم التجاري في الحدود الإقليمية و تحت الحماية السيادية لأمة أخرى ملزمون بالخضوع للظروف السياسية لبلد إقامتهم و يتمتعون بالحماية التي توفرها لهم تشريعات ذلك البلد[1] .وهذا أن سلطة الدولة المضيفة على الاستثمار الأجنبي أضحت من صلاحيات الدولة المضيفة، بعد انهيار النظم الاستعمارية واستعادة الدول النامية لسيادتها الفعلية على مواردها و ثرواتها الطبيعية،بعد موجة التأميمات التي شهدها العالم في مطلع الستينات وبداية السبعينات مما اربك الدول المصدرة لرؤوس الأموال وجعلها تظهر في موقع دفاعي بعدما كانت استثماراتها تعمل دون رقابة[2] .

وقد أدت الخسائر التي لحقت بالممتلكات الأجنبية ،إلى ابتكار وسائل جديدة لا دارة وتغطية المخاطر السياسية التي تصيب استثمارات رعايا الدول المصدرة لرؤوس الأموال بالخارج من خلال إنشاء هيئات ضمان وطنية عامة بالدول المتقدمة تتولى حماية وتشجيع استثمارات رعاياها والتأمين عليها ضد كل أو بعض المخاطر بما يسمح بنقل العبء المالي للخطر من المستثمر إلى هيئة الضمان.[3]

نظام الضمان الأمريكي:

تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية أول مبتدع لفكرة نظام الضمان ضد المخاطر غير التجارية وكان ذلك عام 1948 بموجب قانون التعاون الاقتصادي وقد اعتبر غرض نظام الضمان سياسيا محضا،و أن الهدف منه هو إبعاد أوروبا المنهارة من شبح الوقوع تحت النفوذ الشيوعي مما دفع بالولايات المتحدة الأمريكية إلى بذل قصارى جهدها لإعادة بناء الاقتصاد الأوروبي وفقا لأسس النظام الرأسمالي،[4] ذلك أن انتشار الأفكار الاشتراكية في أوروبا الغربية و الأوضاع المزرية التي كانت تعيشها شعوب هذه المنطقة ،كان في الإمكان أن يؤدي إلى انتشار الأفكار الشيوعية،في الوقت الذي لم يصب فيه جهاز الإنتاج الصناعي والزراعي للولايات المتحدة بأي خسارة الشيء

---

[1] George fisher, la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l'étranger Op. cit. p 547

[2] سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي .الدار المصرية اللبنانية ط1986. ص .227.

[3] انظر في ذلك الدراسة التي أعدها الصندوق الكويتي للتنمية بعنوان."بحث في نظم الضمان .المرجع السابق ص4

[4] عبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق، ص 52-54.

الذي سمح لها بمساعدة حلفائها وإيقافها للمد الشيوعي ،وقد اتخذت المساعدة الأمريكية في بادئ الأمر صورة القروض العامة والمساعدات الحكومية الرسمية ،إلا أن ضخامة حجم المساعدات المطلوبة اثقل كاهل الخزينة العامة الأمريكية ودافعي الضرائب ،مما جعل الأنظار في الكونجرس الأمريكي تتجه نحو إقحام الاستثمارات الأمريكية الخاصة في عملية إعادة بناء و تعمير أوروبا من خلال توفير الضمانات الضرورية لها،خاصة وان المسؤولين الأمريكيين تيقنوا من أن برنامج المساعدة الحكومية لم يعد في استطاعته تغطية الاحتياجات الأوروبية ،الشيء الذي دفعهم إلى التفكير في إيجاد وسائل أخرى من مسائل التمويل لدعم البناء الأوروبي، و قد كانت الوسيلة المفضلة لديهم الاستعانة بالاستثمارات الخاصة[1] .

إن الطابع السياسي لنظام الضمان الأمريكي يستشف من خلال الارتباط الموجود بين نظام الضمان وقانون التعاون الاقتصادي، حيث لم يعهد المشرع الأمريكي نظام الضمان إلى قانون خاص بل ربطه بالإطار التنظيمي للمعونة الأمريكية لأوروبا من خلال مشروع مارشال لذلك جاء برنامج الضمان الأمريكي مقتصرا على تغطية و ضمان الاستثمارات التي يقوم بها الرعايا الأمريكيون في أوروبا الغربية دون باقي مناطق العالم الأخرى .

كما اقتصر نظام الضمان الأمريكي على تغطية خطر واحد ألا و هو خطر عدم تحويل الأموال وعائداتها[2] لان الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الثانية كانت تعاني من نقص في رؤوس الأموال مما قد يدفع بهذه الدول الى فرض رقابة نقدية تحول دون تحويل رؤوس الأموال خارجها وهذا الوضع في حد ذاته يشكل خطرا يستوجب ضمانه ،مما جعل نظام الضمان الأمريكي يقتصر على تغطية خطر عدم التحويل،لكنه وبتوسع نظام الضمان الى مناطق أخرى من العالم خارج نطاق دول أوروبا الغربية صادف أنواعا أخرى من المخاطر مما أدى الى توسيع نطاق المخاطر المشمولة بالضمان بشرط أن يكون المشروع الاستثماري قد حصل على موافقة الإدارة الأمريكية.

[1] إبراهيم شحاتة: الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية، المرجع السابق ص13 و حسن عطية الله: المرجع السابق،ص201.

[2] و بعد فقدان أوروبا لمعظم استثماراتها كان من البديهي أن يكون أول خطر يواجه الاستثمار الأجنبي فيها هو عدم قدرتها على توفير السيولة النقدية اللازمة لتمويل مشاريع التنمية و التعمير بها، أما مخاطر التأميم و نزع الملكية فهي مستبعدة بحكم طبيعة النظام الاقتصادي السائد فيها القائم على الرأسمالية الحرة شأنها شأن البلد الوافد منه ذلك الاستثمار. أنظر في ذلك: حسن عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض، المرجع السابق. ص 202وعبد الواحد محمد الفار: أحكام التعاون الدولي، المرجع السابق، ص 53.

ان قانون الأمن المتبادل لعام 1951قد تميزبتوسيع نطاق نظام الضمان لكل بلد يقبل المساعدة الأمريكية وفي عام 1953 شمل هذا القانون كل دولة تقبل التوقيع مع الولايات المتحدة على اتفاقية ضمان،كما شمل الضمان جميع أنواع المخاطر التي يتعرض لها الاستثمار الأمريكي ،وحتى يتمكن نظام الضمان من تغطية المخاطر الجديدة تبنى قواعد التأمين التجاري ،حيث يتولى المستثمرون دفع أقساط مرتفعة مقابل تعويض نسبة أقل بالنسبة لجميع المخاطر التي يرغب المستثمر في ضمانها[1] .

إذا كان قانون الأمن المتبادل لا يسمح بتقديم المساعدات الاقتصادية الأمريكية إلا إذا كان يحقق أمن و مصالح الولايات المتحدة[2]،فإن ذلك يعني ان الهدف المتوخى من قانون الأمن المتبادل ضمان تقديم المساعدة الأمريكية و تشجيع استثمار رعاياها بالخارج دفاعا عن المصالح السياسية و الاقتصادية المشتركة للعالم الحر وليس ضمانا لمصالح الدول المستوردة لرؤوس الأموال مما أدى بالقانون المذكور الى خلق شعور سلبي لدى الدول المستفيدة من المساعدة الأمريكية،حال دون إبرام اتفاقيات ضمان لوجود صعوبات دستورية وقانونية في بعض الدول مما أدى إلى تعديل قانون الأمن المتبادل مرات عديدة[3] و أصبح نظام الضمان الأمريكي يهتم بتشجيع الاستثمارات الأمريكية المتواجدة بالدول النامية ذات الطابع الإنمائي من خلال إعطاء الأولوية للاستثمارات التي تساهم في الرقي الاجتماعي و الاقتصادي للدولة النامية، لأن الهدف من ضمان وحماية الاستثمار يكمن في تشجيع رؤوس الأموال و ما يصاحبها من معرفة فنية وإدارية تساعد على تنمية الموارد الاقتصادية والطاقـــات الإنتاجية.

---

1 حسن عطية الله: المرجع السابق، ص 202

2 George fisher, la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l étranger Op. cit. p 547

3 لقـــد تعـــرض نظـــام الضمان الأمريكي لتعديلات من بينها تعديل 1950 الذي وسع نطاق المخاطر المضمونة و تعديل 1951 بموجب قانون الأمن المتبادل، ثم تلاه تعديل 1953 و تعديل 1959 و تعديل 1961 و في 1973 تقدمت لجنة العلاقات الخارجية بـــالمجلس التشريعي بإلغاء و تعديل قانون المساعدات الخارجية، حسن عطية الله، المرجع السابق، ص 202 إلى 206 . أنظر في ذلك أيضا: سامي عفيفي حاتم: التأمين الدولي، المرجع السابق، ص 237.

أما الاستثمارات التي يكـــون هدفها السعي وراء الربح فقد استبعدها نظام الضمان من نطاقه مما يسمح باستفادة مجموعة كبيرة من الدول النامية من الاستثمارات الأمريكية[1] كما يظهر ذلك من الارتفاع الملاحظ في حجم الضمان المخصص لتغطية المشاريع الاستثمارية التي تتم في الدول النامية من قبل نظام الضمان الأمريكي[2]

إن نظام الضمان الأمريكي أصبح يغطي مختلف أنواع المخاطر و في أي منطقة من مناطق العالم ماعدا المخاطر التي تعود إلى غش أو خطئ جسيم ارتكبه المستثمر و يرجع البعض الفضل فيما حققه برنامج الضمان الأمريكي من تطور إلى الجهد الذي بذله الرئيس الأمريكي ازنهاور في إقناع الكونجرس الأمريكي بتوسيع نطاق نظام الضمان.[3]وقد أدى ذلك الى توطين الاستثمارات الأمريكية وجعلها في منأى عن أية منافسة أجنبية الأمر الذي مكنها من التواجد في مختلفة مناطق العالم .

أنظمة الضمان الأوروبية

لقد أدركت الدول الأوروبية أن إنشاء أنظمة وطنية لضمان استثماراتها بالخارج اصبح أمرا ضروريا أن أرادت الوقوف في وجه الاستثمارات الأمريكية الأمر الذي جعلها تسارع إلى إنشاء أنظمة وطنية لضمان استثمارات رعاياها بالخارج.

---

[1] لقـــد بلغ عدد الدول التي عقدت معها الولايات المتحدة اتفاقيات ضمان ما يزيد عن 80 دولة من بينها في الوطن العربي الأردن، المغرب، السودان، تونس، مصر. أنظر في ذلك: الدراسة التي أعدتها إدارة البحوث للصندوق الكويتي أثناء انعقاد الاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب بعنوان (ضمان الاستثمارات)، المرجع السابق، ص 5.

[2] لقد بلغ حجم الاستثمارات المغطاة في اليابان خلال نفس الفترة ما يقارب 6ملايير و يعكس هذا الرقم الهام خصوصيات الاقتصاد الـــياباني عـــلى تشـــجيع استثماراتها من خلال نظام التأمين الياباني، سامي عفيفي حاتم: التأمين الدولي، المرجع السابق، ص 260 و كذلك :

Hosni el gamel L'assurance des investissements étrangers dans les Pays sous-développés Contre les risque non Commerciaux. Op. cit. p. 451

[3] George ficher. la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer a l'étranger. Op. cit. p

ففي سويسرا مثلا صدر في 10 سبتمبر 1969 قانون وطني لضمان الاستثمار بالخارج ضد المخاطر السياسية،خلافا للقانون الصادر في 28 سبتمبر 1958 والمتعلق بتشجيع الصادرات وتطوير التجارة الخارجية.[1]

و حسب تصريح السلطات السويسرية فان القانون الجديد يهدف إلى رفع حجم مساعداتها المالية التي تقدمها إلى الدول النامية تماشيا مع قرارات الأمم المتحدة القاضية بتخصيص 1% من الناتج القومي الإجمالي للدول المتقدمة الى جانب حماية مستثمريها من المخاطر الناجمة عن الظروف السياسية و الاقتصادية لمعظم الدول النامية.

وقد جاء في البرقية التي وجهها المجلس الفدرالي السويسري إلى الجمعية الوطنية السويسرية خلال مناقشتها لمشروع قانون الضمان"أن الحالة الاقتصادية غير المستقرة للدول السائرة في طريق النمو وعدم وضوح النهج السياسي لمن شأنهما أن يؤثرا على الاستثمارات التي تتم في هذه الدول"[2].

إذا كان التصريح السابق يبدو كمبرر عام لدوافع إنشاء نظام الضمان في سويسرا، فإن الأبعاد الحقيقيـــة له تتعدى ظاهر التصريح لأن الأمر يتعلق بمواجهة المنافسة الناجمة عن تزايد أنظمة الضمان الوطنية التي أنشأتها معظم الدول الأوروبية الأخرى، حيث أصبح عدد الدول التي تمتلك أنظمة وطنية لضمان الاستثمار في تزايـــــد مستمر[3]لذلك جاء القانون السويسري لحماية وتشجيع الاستثمارات السويسرية من المنافسة الأوروبية[1].

---

1 تمـــتلك السويســـرا نوعـــين من آليات الضمان، نوع يتعلق بضمان الاستثمارات كما بينا ذلك فيما سبق و نوع يتعلق بتشجيع الصادرات الذي أنشئ بموجب القانون الصادر في 28 سبتمبر 1958 انظر في ذلك:

Hosni el gamel l'assurance des investissements étrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux. Op. cit. p 451

2 Hosni el gamel L'assurance des investissements étrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux. Op. cit. p 451

3 كمـــا أوضـــحت اللجنة التنفيذية لغرفة التجارة الدولية المنعقدة في 20ماي1969 "بان عدد الحكومات المنشئة لأنظمة الضمان الوطنـــية في تزايد مستمر"و يأتي برنامج ضمان الاستثمار الأمريكي في طليعة أنظمة الضمان الأخرى و هي: اليابان، ألمانيا، النرويج، فرنســـا، النمسا، الدانمارك، استراليا، السويد، كندا، هولندا، سويسرا، بلجيكا، إيطاليا، بريطانيا، نيوزيلاند، فنلندا. أنظر في ذلك: علي

وفي فرنسا فإن نظام ضمان الاستثمارات المباشرة فيها قد أقر من خلال توسيع نطاق العمل بالمرسوم رقم 67-342 الصادر في 11أفريل 1967 الخاص بنظام التأمين على الصادرات ويتولى البنك الفرنسي للتجارة الخارجية b. f. c. eعمليات ضمان الاستثمارات الصناعية وهو عبارة عن جهاز تابع لمديرية الخزينة ويعتبر من الناحية العملية اقل فعالية من جهاز التأمين على الصادرات الذي تتولاه الشركة الفرنسية للتامين على التجارة الخارجية **كوفاس** coface[2] وتشرف عليه مديرية العلاقات الاقتصادية الخارجية إلا أن الموقف الرسمي السائد في فرنسا يميل إلى تشجيع نمط ضمان الصادرات لأنه يؤدي إلى تحسين ميزان المبادلات التجارية[3]

وفي ألمانيا تضمن قانون الميزانية لعام 1959 أول تصريح لوزير المالية الألماني يقضي بضمان رؤوس الأموال الألمانية المستثمرة في الخارج من طرف الرعايا الألمان.

لذا فان التزايد المستمر لأنظمة الضمان الوطنية للدول المصدرة لرؤوس الأموال لا يمكن تفسيره إلا من خلال المنافسة التي أحدثتها هذه الأنظمة فيما بين مستثمري الدول التي تتوفر على أجهزة وطنية للضمان،والدول التي لا تتوفر على ذلك،ويبدو أن تطبيق أنظمة الضمان الوطنية في الدول المصدرة لرؤوس الأموال قد اتخذ أحد الشكلين وهما:

- العمل بأنظمة ضمان وطنية خاصة بالاستثمارات المباشرة وتشرف عليها هيئات وطنية مستقلة، كما هو الشأن عليه في نظام الضمان الأمريكي والألماني والسويسري وبعض الدول الأوروبية الأخرى ويقوم أساسا بتغطية مخاطر التأميم ونزع الملكية والثورات وقيود عدم التحويل وكل شكل من أشكال الاستيلاء غير المشروع.

-العمل على توسيع نطاق نظام التأمين على قروض التصدير ليشمل الاستثمار المباشر ذو الطابع الإنتاجي،رغم أن الدور الأساسي لهذا النظام يتمثل أصلا في ضمان القروض التي تتيح للمستوردين تمويل بضائعهم بعد أن تأكد عدم قدرة الدول النامية على استيراد ما تحتاج إليه من

حسن ملحم: دور المعاهدات الدولية...المرجع السابق، ص 38 و كذلك، حسن عطية الله: سيادة الدول النامية على موارد الأرض، المرجع السابق ص 202.

[1] Hosni el gamel L'assurance des investissements Etrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux..op.cit .p 487

[2] سامي عفيفي حاتم: المرجع السابق، ص 262.

[3] Dominique carreau - Patrick juilliaret - thiebaunt flory , droit international économique. I.G.D.j"1978-p417

سلع وخدمات،لذلك فان هذا الأسلوب يهدف في الأساس إلى تغطية المخاطر التجارية مثل إعسار المدين،إلى جانب ذلك مدد نطاقه ليشمل المخاطر غير التجارية وقد أخذت بهذا الأسلوب كل من فرنسا واليابان وإيطاليا[1]

وفي جميع الحالات ومهما يكن من اختلاف في الأساليب المتبعة وفي طبيعة هيئات الضمان فإن الدول المصدرة لرؤوس الأموال وجدت في فكرة الضمان أداة فعالة جعلتها تتحكم في توجيه استثمارات رعاياها بالخارج وقد مكنها ذلك من التحكم في العلاقة التي تربطها بالدولة المضيفة سواء فيما يخص الاستثمار أو قروض التصدير من خلال اتفاقيات الضمان والحماية وما ينجم عن ذلك من ربط لأسواق الدول المتخلفة بأسواق الدول المتقدمة الشيء الذي شجعها على تتبنى فكرة إنشاء هيئات وطنية عامة تتولى مهمة التأمين على استثمارات رعاياها ضد المخاطر التي يتعرضون لها في الدول المضيفة.ونظرا لتعدد أنظمة الضمان الوطنية واختلاف طبيعتها وتوسع نطاقها الجغرافي فان ذلك يقتضي منا دراسة دور وأهمية هذه النظم بالنسبة للدول المصدرة لرؤوس الأموال وتحديد مفهوم وطبيعة و خصائص هذا النظام .

الفــــرع الثاني

أهمية نظام الضمان الوطني

لقد أثير التساؤل حول الغاية من إنشاء نظام الضمان منذ الوهلة الأولى لظهوره في الولايات المتحدة الأمريكية[2]وتباينت وجهات النظر حول دوافعه و أبعاده الحقيقية،فاعتبره البعض انه مجرد محاولة من بين المحاولات العديدة التي تقوم بها السلطات العامة في الولايات المتحدة لتشجيع انتقال رؤوس الأموال الخاصة إلى الخارج وما تحققه من منافع اقتصادية ومصالح سياسية للاقتصاد الأمريكي باعتبار أن القطاع الخاص اقدر من القطاع الحكومي على الاضطلاع بمهام الاستثمار ومن ثم فان تشجيع الاستثمارات الخاصة بالخارج يعتبر امتدادا للاقتصاد الحر[3]،لأن انتقال رؤوس الأموال

---

[1] رأينا فيما سبق كيف تم توسيع تطبيق نظام ائتمان قروض التصدير على الاستثمار الإنتاجي كما حدث ذلك في فرنسا وفي إيطاليا أيضا اعتبر من قبيل الائتمان المالي المضمون الأموال الموجهة للبناء الاقتصادي و ليس مجرد قروض التصدير. أنظر في ذلك: الدراسة التي أعدتها إدارة البحوث للصندوق الكويتي خلال الاجتماع الثاني لخبراء التمويل. المرجع السابق. ص 70.

[2] انظر في ذلك:إبراهيم شحاته.نظام الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي تطوره والحكمة منه.مقال منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي.المجلد25 لعام1969 ص 66-67.

[3] سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي.المرجع السابق ص234.

يستتبع انتقال السلع والبضائع،مما يسمح برفع مستوى ا لرفاه الاجتماعي لشعوب الدول المضيفة- خاصة دول العالم الثالث- وان هذا الوضع سوف يؤدي إلى تحقيق الاستقرار السياسي،مما يسهل مهمة القضاء على الاضطرابات وعلى روح التمرد،وهذا يؤدي بدوره إلى دعم وتشجيع النظام الاقتصادي الحر وخلق ذهنية الرجل المالك في جميع بلدان العالم.[1]

أما الرأي الثاني فيرى بأن انتقال المال يؤدي إلى انتقال الثروة ويعني ذلك أن الهدف من نظام الضمان هو تقديم خدمة للدول المستفيدة منه مما يجعله يمثل جزءا من برنامج المساعدة الأمريكية. ويستند أنصار هذا الموقف إلى كون نظام الضمان الأمريكي قد ارتباط في نشأته بفكرة المساعدة الأمريكية لدول أوروبا الغربية أثناء إعلان مشروع مارشال.[2]

أما الفريق الثالث فيذهب إلى اعتبار نظام الضمان نظام امتياز، جاء لخدمة طائفة معينة من المستثمرين وحمايتهم من المخاطر التي يتعرضون لها في الدول المضيفة، وانه يعتبر بمثابة خدمة تسدى لهم من خلال تامين خسائرهم ونقل عبئها إلى خزينة الدولة[3].

وقد أدى هذا الأمر بأنصار هذا الرأي إلى انتقادهم لنظام الضمان الأمريكي بأنه يؤدي إلى إحداث تمييز بين المستثمرين الذين يستثمرون أموالهم بالداخل والمستثمرين الذين يستثمرون أموالهم بالخارج، بل وحتى بين المستثمرين المتواجدين بالخارج مادام الضمان يقتصر على الاستثمارات الجديدة دون الاستثمارات القائمة قبل تطبيق هذا النظام،مما جعل البعض منهم ينظر إليه على انه مجرد تهدئة للكونجرس الأمريكي و أصحاب المصالح الأمريكية الخاصة لتمرير الحكومة الأمريكية لبرنامج المعونة الخارجية[4].

أن فكرة التمييز التي يثيرها أنصار هذا الرأي ليست بالشيء الجديد في موقف النظام الأمريكي وبعض الدول المصدرة لرؤوس الأموال ،فقد عملت الولايات المتحدة وبريطانيا بهذه الفكرة منذ القرن التاسع عشر حينما كانت تعطي ضمانات خاصة لبعض رعاياها المكلفين بعمليات خاصة

---

[1] George ficher. la garantie gouvernementale accordée aux investissements prives effectuer l'étranger. op. cit. p505-506

[2] انظر في ذلك: ابراهيم شحاتة نظام الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق.ص15

[3] إبراهيم شحاتة.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص.16،15.

[4] إبراهيم شحاتة.نظام الضمان الدولي .المرجع السابق .ص16

بالخارج، إلى جانب ذلك فان الاستثمارات المنتجة التي تساهم في تطوير الاقتصاد ينبغي أن تستفيد من معاملة متميزة اكثر من غيرها من الاستثمارات التي تتم داخل دولة المنشأ لأنها تعمل ضمن مناخ استثماري مختلف عن المناخ الوطني وتتعرض لمخاطر غير المخاطر التي يتعرض لها الاستثمار الوطني.

كما انتقد نظام الضمان على انه يزيد من أعباء دافعي الضريبة و إثقال كاهل الخزينة على أساس أن التعويضات التي يتلقاها المستثمرون عند وقوع الخطر المضمون سوف تدفع من الخزينة العامة للدولة[1]،مما سيزيد من تصلب وتشدد موقف الدول المضيفة تجاه الاستثمارات الأجنبية مادامت الدول المصدرة لرؤوس الأموال هي التي تتحمل عبء الخسارة وان ذلك لن يشجعها على تحسن مناخها الاستثماري واحترامها للقواعد القانونية المتعلقة بمعاملة الاستثمار الأجنبي.

لكن الانتقاد الذي قدمه أنصار الموقف السابق لا يستقيم مع التبرير الذي قدموه لان معظم أنظمة الضمان الوطنية تحل محل مستثمريها في المطالبة بما تدفعه من تعويض لا نه من بين شروط الموافقة على ضمان المخاطر المؤمن عليها لدى هيئات الضمان موافقة الدولة المضيفة للاستثمار الأجنبي على قبولها فكرة حلول هيئة الضمان محل المستثمر في المطالبة بالتعويض فيما إذا ثبتت مسؤولية الدولة المتسببة في الضرر[2].

فقد جاء في المادة الثالثة فقرة 3 من قانون التعاون لعام 1948 المتعلق باتفاق الإنعاش الأوروبي بان تحتفظ الولايات المتحدة الأمريكية بالحق في عقد اتفاق يتعلق بتأمين الاستثمارات الأمريكية بالدول المضيفة لضمان خطر عدم القدرة على تحويل رؤوس الأموال.[3]

كما تشترط ألمانيا لقبول ضمان استثمارات رعاياها بالخارج وجوب إبرام اتفاق خاص بمعاملة الاستثمارات الألمانية مع الدول المضيفة أو على الأقل كمرحلة أولى أن تكون الدولة المضيفة قد انضمت إلى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،مما أدى بألمانيا الى إبرامها فعليا لعدد من الاتفاقيات الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمار مع بعض الدول العربية كالمغرب وتونس والسودان وانه من بين الشروط الواردة في تلك الاتفاقيات حلول حكومة الدولة الألمانية محل المستثمر عند

---

[1]سامي عفيفي حاتم: التامين الدولي. المرجع السابق .ص233.

[2]انظر في ذلك:إبراهيم شحاتة.الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها .ص150.

[3]سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي المرجع السابق .ص 235

دفعها لأي تعويض[1] الشيء الذي يؤكد بان الدول المصدرة لن تخسر شيئا وان الانتقادات الموجهة لأنظمة الضمان الوطنية لا مبرر لها ،بل على العكس من ذلك فان الدراسات التي قامت بها بعض الجهات الدولية المتخصصة –كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق- أكدت على أن أنظمة الضمان الوطنية في تزايد مستمر ويعتبر ذلك بمثابة الدليل القاطع على أهمية هذه الأنظمة بالنسبة للدول المنشئة لها.

كما أن أهداف نظام الضمان لا يمكن حصرها في جانب معين حتى وان كانت الدول المنشئة لهذه الأنظمة تعرب عن الأهداف المعلنة إلا أن لهذه الأنظمة أهدافا أخرى غير معلن عنها القول بان نظام الضمان الوطني لا يسمح بتحسين المناخ الاستثماري بالدول المضيفة قول غير صائب لان قبول الدول المضيفة إبرامها لاتفاقيات الضمان وبالشروط الواردة فيها يعد في حد ذاته قرينة على قبولها والتزامها بتحسين مناخها الاستثماري.

أن الانتقادات الموجهة لنظام الضمان الأمريكي منذ بدء نشأته لم تحل دون استمرار تطور نطاقه سواء فيما يتعلق بنشاطه أو بنطاقه الجغرافي حيث شمل معظم مناطق العالم الأمر الذي يؤكد بان انتقادات المعارضين لهذا النظام ليس لها أي أساس ،مما أدى بهم إلى التراجع عـــــن موقفهم وتأييدهم لنظام الضمان[2].

أما عن نشأة نظام الضمانات الوطنية في الدول المصدرة بدل الدول المستوردة للاستثمار فان ذلك راجع إلى كون المستثمر الأجنبي لا يمكنه أن يطمئن على ضمان استثماره لدى جهة يكون فيها المؤمن هو نفسه مصدر الخطر، لا نه في مثل هذه الحالة نكون بصدد تعليق كفالة الحق على إرادة المدين ،لذلك فان التامين الفعال هو التامين الذي يتحلى بثقة المستثمرين[3]

المطلـــب الأول

طبيعة نظـــــام الضمان وخصائصه

لتحديد طبيعة نظام الضمان لابد علينا من تحديد مفهومه أولا ومعرفة الشكل التنظيمي له والخصائص التي تميزه عن باقي الأنظمة والأشكال المشابهة له ولمعرفة ذلك نتولى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين.

---

[1] انظر في ذلك:بحث في نظم الضمان.المرجع السابق ص25.

[2] إبراهيم شحاتة.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص17

[3] إبراهيم شحاتة:الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها.المرجع السابق ص.149

الفـــرع الأول

مفهوم وطبيعة نظام الضمانات الوطنية

هناك تداخل كبير في الصياغة المستخدمة للتعبير عن العلاقة التي تربط هيئة الضمان و المستثمر المضمون كما يتضح ذلك من بعض الدراسات الفقهية و كذا من تشريعات أنظمة الضمان حيث تستعمل عبارة التأمين وعبارة الضمان للتعبير على نفس المعنى ،فالأستاذ هشام صادق مثلا يستعمل عبارة التأمين كمرادفة لعبارة الضمان حيث يقول"ينصب نشاط الهيئة على تأمين الصادرات أي ضمان الاستثمارات"[1] كما يمكن ملاحظة هذا التداخل أيضا في الدراسة التي قدمها الصندوق الكويتي بعنوان "بحث في نظم الضمان" أكتوبر 1986 حيث جاء في هذه الدراسة أن "برنامج الضمان يهدف إلى تشجيع انتقال الأموال الخاصة ... وذلك عن طريق تأمين تلك الأموال"[2].

بيد أن الخلط بين لفظة الضمان ولفظة التأمين لم يقتصر على الدراسات العربية،إنما شمل أيضا المؤلفات باللغة الأجنبية فمثلا يستعمل المؤلف حسني الجمل عبارة التأمين "assurance" أثناء الحديث عن ضمان المخاطر السياسية[3]في حين يستعمل مؤلفون آخرون أثناء تناولهم لنفس الموضوع عبارة الضمان" garantie[4]" .

إن تداخل مصطلحي الضمان والتأمين واستعمالهما كمترادفات للدلالة على معنى واحد لا يقتصر الأمر فيه على الدراسات الفقهية إنما يمكن ملاحظته أيضا في التشريعات المتعلقة بأنظمة الضمان الوطنية و الدولية كذلك، فمثلا يستعمل النظام الأمريكي عبارة الضمان "guaranty [5]" في حين يستعمل النظام الفرنسي لفظة التأمين "assurance [6]" كما أن مشروع البنك

---

[1]انظر:هشام صادق.نظام الضمان العربي للاستثمارات ضد المخاطر غير التجارية.المرجع السابق ص36.

[2]بحث في نظم الضمان.المرجع السابق.ص4

[3]Hosni el gamel L'assurance des investissements étrangers dans les Pays sous-développés Contre les risques non Commerciaux op cit p445

[4] Dominique carreau —Patrick Juillaret thiebant flory droit international économique Op Cit p:417

[5]انظر:هامش الصفحة 74من كتاب،ابراهيم شحاتة.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية .المرجع السابق.

[6] Décret. N° 67-342. du 12-04-1967. modifiant le décret 46-1332-du 1juin 1946 relative a la compagnie Française d`assurance pour le commerce extérieur (COFACE) décret N°67-343 DU 12 AVRIL 1967

الدولي الخاص بإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات استعمل لفظة التأمين كعنوان للمؤسسة الدولية المزمع إنشاؤها في حين ستعمل لفظة الضمان في صلب المشروع[1] و نفس الشيء يمكن أن يقال عن اتفاقية المؤسسة العربية للضمان حيث استعملت عبارتي الضمان والتأمين .

و الجدير بالملاحظة أن استعمال لفظة الضمان في عنوان الاتفاقية يكون اكثر دقة من لفظة التأمين بينما استعمال لفظة التأمين في صلب الاتفاقية أمر جائز خاصة إذا تعلق الأمر بالنواحي الفنية للضمان كالقول مثلا أقساط التأمين،المخاطر المؤمنة إلى غير ذلك.

إن نظام الضمان ينصب أساسا على تغطية المخاطر السياسية لاستحالة تغطيتها بواسطة التأمين التجاري نظرا لاختلاف طبيعة هذه المخاطر عن طبيعة المخاطر التجارية، بحيث لا يمكن توقعها في الظروف العادية ،ذلك أن التأميم والحروب والاضطرابات الاجتماعية لا تحدث كل يوم ولا كل سنة و من ثم لا يمكن احتسابها بواسطة الأسس الأكتوارية [2]،مما يجعلها فنيا مخاطر لا يمكن التأمين عليها وفقا للأصول المعروفة في نظام التامين العادي،كما أن التامين العادي يقوم أساسا أعلى فكرة التضامن بين مجموعة من الأشخاص تهددهم مخاطر متماثلة في طبيعتها ومحلها مما يجعل الأعضاء المنتمين إلى هيئة المؤمنة يقومون بتخصيص جزء من أموالهم يدفعونها في شكل أقساط بهدف تغطية الخسائر التي قد تحدث لهم،باعتبار أن مصدر الخسارة راجع إلى عدم التقييم السليم لسعر التكلفة وإمكانيات البيع وهي أمور يرجع الخطأ في تقديرها إلى التاجر أو إلى رب العمل، لذلك تقع من حيث المبدأ على عاتق التاجر أو المقاول.

كما يمكن تصور وقوعها في الدول المتقدمة والدول المتخلفة على حد سواء، في حين تخرج المخاطر السياسية عن ذاتية المستثمر فقد تحدث له دون دخل له فيها ومن ثم لا يستطيع دفعها والتحكم فيها،لذا غالبا ما تتحمل الدول عبء هذه المخاطر من خلال الضمانات التي تتولاها الدول بنفسها أو بواسطة إحدى الهيئات العامة التابعة لها وتخصص لها أموالا من ميزانية الدولة،غير

---

modifiant le décret 48.719 du 16 avril 1948 définissant les risque a courir pour le compte de l`état par la COFACE.

[1] انظر إبراهيم شحاته الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية المرجع السابق ص:168.167

[2] مصدر العبارة مشتق من كلمة actuaire و هو مصطلح يستعمل للتعبير عن المقاييس المستخدمة في تحديد الإحصائيات والحسابات الخاصة بمسائل التأمين لأن الأخطار التجارية تتصف بالتماثل في طبيعتها ومحلها ومنتظمة الوقوع إلى درجة المؤلوفية ومحدثة خسائر محدودة من حيث الزمان والمكان الأمر الذي يسمح بتحديد أقساط التامين على أسس تجارية.

أن ذلك لا يعني أن المستثمر لا يدفع أقساطا لهيئة الضمان،بل يتولى دفع مبالغ محددة بالنسبة لكل خطر يطلب تغطيته،مما دفع بالبعض إلى تشبيه نظام الضمان بنظام التامين العادي تأسيسا على الأقساط المدفوعة من طرف المستثمر.[1]

أن التشبيه المذكور لا يمكنه أن يضفي صفة التامين على نظام الضمان لان أقساط التامين التي يدفعها المستثمر لا يرتبط مقدارها بقيمة الخسارة المحتملة ومن ثم لا يمكن أن تكون مجموع الأقساط المدفوعة كافية لتغطية المخاطر المغطاة،وهذه النتيجة أدت بالبعض إلى إضفاء صفة الرسم على الأقساط المدفوعة وهو وصف يتماشى وطبيعة نظام الضمان والأهداف المتوخاة منه،لأنه لو كان القصد من الأقساط التي تتلقاها هيئة الضمان مواجهة الالتزامات المالية الناتجة عن تأمين المخاطر لوجب تحديد قيمتها تحكميا حسب حجم الخطر لمواجهة أسوء الاحتمالات وهو ما لم يحدث في أي نظام من أنظمة الضمان الوطنية[2]وعلى الرغم من ذلك فان التحصيل المتواضع للأقساط التي تتلقاها هيئات الضمان من المستثمرين المؤمنين لديها سمحت بتكوين احتياطات هامة نتيجة قلة المخاطر التي تتعرض لها الاستثمارات المؤمنة ووجود شرط الإحلال أو الرجوع،الذي يخول للدولة التي يتبعها المتضرر مطالبة الدولة المتسببة في الضرر على دفع التعويض المستحق[3].

كما أن نظام الضمان يختلف عن نظام التامين العادي من حيث هدف كل منهما،فبينما يهدف نظام الضمان إلى تحقيق مصلحة عامة للدولتين المصدرة والمستوردة قبل مصلحة المستثمر،لان عملية الضمان ليست هي الغاية في حد ذاتها إنما ما تجنيه الدولة من فوائد اقتصادية وسياسية هو الدافع الأساسي لوجود نظام الضمان وليس حماية المستثمر فقط التي تأتي في الدرجة الثانية.

أما نظام التامين العادي فيهدف إلى تحقيق الربح من خلال استخدامه للأقساط المرتفعة التي يحصل عليها من قبل الأشخاص المؤمن عليهم وهذا ما يدعو إلى القول بان نظام الضمان يختلف في

---

[1] إبراهيم شحاتة .نظام الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص39.

[2] عـــلى سبيل المثال فان مؤسسة الضمان في الولايات المتحدة الأمريكية تتلقى مبلغ100 دولار مقابل تسجيل طلب المستثمر لديها إضـــافة إلى الأقســـاط السنوية التي يتم تحديدها حسب طبيعة الاستثمار "إنشاء مشروع أو مجرد تقديم قرض" وكذا طبيعة الخطر المراد ضـــمانه،"نـــزع ملكـــية ،الثورات والحروب.تحويل العملة " انظر تفصيلا في ذلك:ابراهيم شحاتة.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ودورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية.الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية.ط1974 الكويت.ص36.

[3] Mohamed Bouhacine L'évolution Des relations Juridiques et industriels entre pays p750. pct.

طبيعته عن نظام التامين التجاري،كما يختلف عن نظام الضمان العام المعروف في نطاق القانون المدني الذي يتيح للدائن المضمون التقدم عن بقية الدائنين العاديين في حالة إفلاس المدين.

كما يختلف عن نظام الكفالة الذي يقوم على أساس تعهد الكفيل بان يفي بالتزامات المدين في حالة عدم وفائه للدائن بالدين المكفول،مما يجعل التزام الكفيل مرهونا بعدم وفاء المدين،بينما لا يتوقف نظام الضمان على إحلال طرف ثالث بالتزام قانوني في مواجهة المستثمر لان عقد الضمان ينشئ التزاما اصليا،بينما الكفالة ترتب التزاما فرعيا[1]،وان الكفالة يمكن تصور هادون علم المدين أما نظام الضمان فيشترط فيه موافقة الدولة المضيفة على المخاطر المؤمنة من قبل هيئة الضمان،ولا يتعدى الالتزام في نظام الضمان حدود التعويض بمبلغ من النقود متفق عليها مسبقا،بينما يكون التزام الكفيل متضمنا تقديم مبلغ من النقود،أو القيام بعمل أو الامتناع عنه أو تقديم شيء،كما أن مصدر نظام الكفالة ينشا عن عقد من عقود القانون الخاص ،بينما يخضع نظام الضمان إلى أحكام القانون العام في علاقة الهيئة الضامنة بالمستثمر المضمون ويخضع لا حكام الاتفاقيات الدولية في علاقة الدولة المضيفة والدولة الضامنة ،هذا ما يبين اختلاف النظام القانوني لكل منهما،حيث يكيف عقد الضمان على انه عقد احتمالي وتظهر صفة الاحتمالية فيه من خلال ما يحصل عليه المستثمر من تعويض عن الأضرار التي تصيبه في الدولة المضيفة بمجرد إبرام عقد الضمان وشروعه في دفع الأقساط ،وقد تنتهي مدة عقد الضمان دون أن يتلقى أي تعويض من الهيئة الضامنة نتيجة عدم تحقق الخطر المضمون.

كما يقوم عنصر الاحتمال في مواجهة الهيئة الضامنة فهي تتعهد بتعويض المستثمرين عن المخاطر المؤمن عليها دون أن تدرك حجم الخسائر التي قد تلحق بالاستثمارات المضمونة،الأمر الذي يعرضها لخسارة كبيرة أو ربح وفير،مما يجعل عقد الضمان عقدا احتماليا.وفي هذا الجانب يلتقي مع عقد التامين إلا أن هذا الأخير ونتيجة لتكرار حدوث المخاطر يجعل هيئات التامين تتوصل إلى تقدير الإضرار تقديرا تجاريا يقوم أساسا على فكرة المضاربة،بينما لا يقوم نظام الضمان على هذه الفكرة[2]

وهناك من يكيف عقد الضمان على انه عقد إذعان لقيامه بين شخصين غير متساويين في القوة المالية والاقتصادية"المستثمر والهيئة الضامنة"ولوجود عنصر الاحتكار،ذلك أن نظام الضمان تقوم به

---

[1] هشام محمد احمد خالد.عقد ضمان الاستثمار..ص51

[2] هشام محمد احمد خالد.عقد ضمان الاستثمار.المرجع السابق.ص62.

عادة هيئة عامة وطنية لا تنافسها أية جهة أخرى،وان الخدمة التي تتولاها الهيئة الضامنة موجهة لأشخاص غير محددين بذواقم ،بل موجه لكل من تتوفر فيهم الشروط العامة المقررة من قبل نظام الضمان،ومن ثم لا يهم شخص المتعاقد معه بقدر ما يهم الدور المنوط بهذا الشخص وبالغرض الذي وجد من اجله نظام الضمان،وقد ذهب الفقه إلى تعريف عقد الإذعان بأنه" العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الأخر،ولا يسمح بمناقشتها،وذلك فيما يتعلق بخدمة أو مرفق ضروري،تكون محل احتكار قانوني أو فعلي،أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها"[1] ويقترب نظام الضمان في مفهومه من محتوى هذا التعريف إذا ما نظرنا إليه من جانب علاقة المستثمر بالهيئة الضامنة لأن عقد الضمان المبرم بين هيئة الضمان والمستثمر يقوم على عدم التكافؤ في المراكز القانونية والمالية لان الهيئة الضامنة كجهاز عام يمثل الدولة بمالها من إمكانيات مالية واقتصادية تفوق بكثير قدرة المستثمر المتعاقد مع الهيئة الضامنة،فضلا عن احتكار هذه الأخيرة لنشاط الضمان كخدمة ومن ثم لا يستطيع المستثمر اللجوء إلى جهة أخرى لاحتكار الهيئة الضامنة لخدمة الضمان، مما يضفي على نشاطها وصف الطابع العام.

كما أن الضمان الذي توفره ليس موجها لمستثمر معين،إنما هو موجه لفئة كبيرة من المستثمرين يتم التعاقد معهم وفق شروط موضوعة سلفا وما على المستثمر طالب الضمان إلا أن يقبل بها أو يرفضها وبذلك يصدق وصف الإذعان على عقد الضمان[2]. أما إذا نظرنا إلى نظام الضمان كعلاقة قانونية قائمة بين الدولة المضيفة للاستثمار والدولة الضامنة له فان نظام الضمان يخرج عن نطاق عقود الإذعان لان طرفي العلاقة هنا شخصان متساويان في السيادة ،حتى وان كنا نسلم بفارق القوة المالية والاقتصادية من الناحية الفعلية بين الدول،لكن ذلك لا يعطي للطرف القوي ممارسة شروط الإذعان على الطرف الضعيف لا ن ذلك يتنافى مع مبادئ القانون الدولي،كون الدول تعتبر وحدات قانونية متساوية فيما بينها.

وبهذه المثابة يتبين لنا من خلال ما تقدم أن نظام الضمان ذو طبيعة خاصة رغم وجود بعض الصفات التي تربطه بنظام عقد الإذعان كما أسلفنا أو بنظام التامين العادي لقيامهما معا على فكرة

[1] هشام محمد احمد خالد.نفس المرجع السابق ص63،64

[2] هشام محمد احمد خالد،نفس المرجع السابق. ص67 .

العقد التبادلي،كما انه لا يمكن اعتباره كفالة [1].مما يجعله نظاما متميزا وقائما بذاته يعكس طبيعة المخاطر التي يغطيها كنشاط متميز،وانه يختلف في أهدافه عن بعض الأنظمة المشابهة له ونخص بالذكر هنا نظام ائتمان الصادرات الذي يقترب منه كثيرا لارتباطهما من حيث طبيعة المخاطر التي يغطيانها حيث تعتبر مخاطر سياسية ولا تخضع للقياس إلا انهما يختلفان، من حيث غرضهما ذلك أن نظام الضمان يهدف إلى تشجيع الاستثمار،بينما يهدف نظام ائتمان الصادرات إلى تشجيع انتقال السلع وتشجيع المبادلات التجارية وهذه الغاية تتوافق مع مصالح المصدرين بالدرجة الأولى،بينما تكمن مصالح الدول المستوردة لرؤوس الأموال في إنتاج السلع وخلق مناصب عمل لليد العاملة المحلية العاطلة من خلال توافد الاستثمار المباشر عليها.

الفـــرع الثـــاني

خصائص نظام الضمان الوطني

يتميز نظام الضمان الوطني بمجموعة من الخصائص نتناولها فيما يلي :

1) اختلاف نمط هيئات الضمان الوطنية.

تختلف آليات الضمان الوطنية،باختلاف أهدافها وطبيعة نشاطها،فهناك أنظمة لضمان الصادرات وتعرف باسم هيئات الصادرات وتهدف إلى أيجاد منفذ للتصدير السلعي ويكون التامين فيها قائما على أساس الشروط التجارية وتتولاه هيأت خاصة أو عامة وتتواجد على مستوى أغلبية الدول الصناعية و بعض الدول النامية[2]،وجود آليات ضمان خاصة،تتمثل في هيأت ضمان الاستثمار الإنتاجي الذي يدخل في إطار المساعدة الدولية للتنمية،ويهدف إلى تشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة لأقاليم الدول المختلفة وإحلاله محل ا لمساعدات الحكومية العامة لذلك تتحمل فيه

---

[1]لقـــد ميز نظام الضمان الألماني في العقود المرتبطة بالصادرات بين الكفالة ونظام الضمان معتبر ا أن القرض المضمون يعد كفالة إذا كـــان المقـــترض شخصا من أشخاص القانون العام"حكومة أو هيئة" أما إذا كان المقترض شخصا خاصا فان القرض المضمون يدخل تحـــت طائلـــة الضـــمان،وهي تفـــرقة تقوم أساسا على صفة الشخص المقترض وليس على أساس طبيعة موضوع العقد.بحث في نظم الضمان. المرجع السابق.ص34.

[2]لقـــد أخذت الجزائر بنظام ائتمان الصادرات بمقتضى الأمر رقم96-06 الصادر بتاريخ 19 شعبان عام 1416 الموافق 10 يناير ســـنة 1996 و المتعلق بتأمين القرض عند التصدير ، ج ر عدد 3 للسنة الثالثة و الثلاثون الصادرة بتاريخ 23 شعبان عام 1416 الموافق 14 يناير سنة 1996 ص 16 .

الدول المصدرة لرؤوس الأموال أعباء الضمان مما يضفي على هيئات الضمان الوطنية وصف الهيئة العامة والتي تظهر لنا في صورة الإدارة المباشرة وغير المباشرة.

– الإدارة المباشرة: تتولى فيها الدولة تسيير هيئة الضمان بنفسها ولحسابها وتخضع الهيئة إلى التوجيهات السياسية المباشرة للدولة وترتبط في أهدافها بالاعتبارات السياسية و بالمصلحة العليا،وعندها يكون قرار منح أو رفض الضمان وتوجيه الاستثمار من الصلاحيات الخاصة للدولة، وليس لهيئة الضمان إلا دور محدود كما لا يحق للمستثمر أن يعترض عن رفض هيئة الضمان قبول الاستثمار

–الإدارة غير المباشرة: وفيها تتنازل الدولة عن إدارة نظام الضمان لفائدة هيئات مستقلة تابعة للقطاع العام أو الخاص،وفي هذه الحالة فان اعتبارات المصلحة الخاصة لهيئات الضمان هي التي تتحكم في توجيه الاستثمار وتحديد موقعه وطبيعة نشاطه ، ومعرفة مدى مر دودية الاستثمار واحتمالات المخاطر ، مما يسمح بتأسيس هيئات ضمان وطنية مستقلة تتولى تشجيع الاستثمار نحو مختلف مناطق العالم حسب مقتضيات العرض والطلب ومخاطر الاستثمار.

إن التطبيق العملي لتسيير و إدارة هيئات الضمان الوطنية لم يستقر على شكل واحد ،ذلك أن إدارة نظام الضمان الوطني في الولايات المتحدة الأمريكية عرف تأرجحا وتذبذبا في هذه الإدارة حيث أوكلت إدارة الضمان إلى هيئات وجهات مختلفة،حسب طبيعة الأهداف المتوخاة من النظام الأمريكي في كل مرحلة من مراحل تطوره وبحسب الظروف السياسية،مما جعل إدارة برنامج الضمان تسند لجهات مختلفة،حيث ألحقت بإدارة العمليات الخارجية،ثم إلى إدارة التعاون الدولي،وبعدها إلى وكالة التنمية الدولية وهي هيئة عمومية مستقلة مكلفة بتقديم المعونات الاقتصادية للدول النامية.

وفي جميع المراحل التي ذكرناها فان إدارة هيئة الضمان كانت تخضع إلى الإشراف الحكومي المباشر،غيران هذا النمط من التسيير والأشراف، اثر سلبا على نظام الضمان الأمريكي لتأثره بالاعتبارات السياسية والبيروقراطية وعدم ارتقاء هذا النظام إلى المستوى المطلوب من حيث كفاءة التسيير الإداري واختيار المشروعات الصالحة للضمان واكتفاء الهيئات المشرفة بالعمل وفق التوجه السياسي للحكومة بقبولها و رفضها للتامين على الاستثمارات وفقا لمنطق العوامل السياسية وعجزها عن تقديم الضمان اللازم للاستثمار الموجه إلى الدول النامية،خاصة الدول المعروفة

بتوجهها السياسي الثوري ، واكتفائها بتقديم الضمانات لبعض الدول المعروفة باستقرارها السياسي،مما أدى إلى تضييق نطاق الضمان الأمريكي.

هذه الأسباب و العوامل أدت إلى ظهور اتجاه جديد في الولايات المتحدة الأمريكية يدعو إلى إنشاء مؤسسة ضمان وطنية مستقلة تحل محل وكالة التنمية الدولية وقد تجسد هذا الموقف في الرسالة التي وجهها الرئيس الأمريكي ريتشارد نيكسون عام 1969الى الكونجرس الأمريكي حول المعوقات الاقتصادية التي تواجه النظام الأمريكي للضمان و التي أكد بشأنها على ضرورة إنشاء مؤسسة جديدة لا دارة نظام الضمان الأمريكي،وقد تم بالفعل إنشاء هيئة جديدة للضمان في ديسمبر 1970 تحت تسمية "منظمة الاستثمار الخاص عبر البحار ويرمز لها بـــ(**الاوبايك** pic)[1] وصادق عليها الكونغرس الأمريكي عام1971 وحددت طبيعتها بأنها وكالة حكومية تخضع لإشراف وزارة الخارجية الأمريكية ،وتتولى مهام تنشيط و إدارة حركة رؤوس الأموال الأمريكية الخاصة اتجاه دول العالم الثالث، بما يتماشى والدور الذي تلعبه الولايات المتحدة وشركاتها في الاقتصاد العالمي ،ويقوم النظام القانوني لهذه الهيئة على أساس معايير الربح والخسارة المتبعة في أسلوب و إدارة مؤسسات التامين الخاصة، لدلك فان الهيئة الجديدة للضمان تعتمد في تامين الاستثمارات المقبولة لديها على مواردها الخاصة كما هو الحال في شركات التامين، وقدتم تنظيمها وفق نظام الشركات التجارية حيث يتولى مجلس الإدارة تسيير شؤونها[2].

أما نظام الضمان في اليابان الصادرعام1956 فقد اعتبر امتدادا لقانون ضمان التصدير لعام 1950 ،وقد أسندت فيه هيئة الضمان إلى وزارة التجارة الدولية والصناعة اليابانية،و لم يعمد هذا النظام إلى التمييز بين ضمان قروض التصدير و ضمان الإستثمار[2]. والجدير بالملاحظة ان إدارة هيئة الضمان عموما قد أسندت في جميع الدول الصناعية المتقدمة إلى جهات إدارية عامة سواء كان ذلك عن طريق أسلوب الإدارة المباشرة أو عن طريق أسلوب الهيئات المستقلة، التي تعمل تحت إشراف

---

[1] الاباليك وكالة ضمان حكومية تعمل تحت وصاية وزارة الخارجية الأمريكية انظر في ذلك.سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي .المرجع السابق ص246.

[2] أنظر سامي عفيفي حاتم، المرجع السابق ص1248/245

[2] أنظـــر يحـــي الجمل و أحمد عشوش دراسات حول ضمان الاستثمار في قوانين البلدان العربية المرجع السابق ص 357 و كذلك سامي عفيف حاتم المرجع السابق ص 265

السلطات الحكومية ،مما يؤكد الأهمية الخاصة التي توليها الدول المصدرة لرؤوس الأموال لنظام الضمان ولطابعه السياسي المتميز.

إن اختلاف طبيعة نظام الضمان عن نظام التامين العادي يؤدي إلى اختلاف وظيفة كل منهما فالتامين العادي يقوم في الغالب على أساس قواعد الإحصاء وحساب الاحتمال بما يضمن تحقيق الربح التجاري للهيئة المؤمنة[1]،بينما لا تسعى مؤسسات ضمان الاستثمار إلى تحقيق الربح كهدف لها في حد ذاته،بقدر ما تهدف إلى حماية وضمان الاستثمار بالخارج ،الأمر الذي يفسر عدم قيام نظام الضمان فيها على الحسابات التقنية المتبعة لدى هيئات التأمين التجاري المتمثلة في الطرق الاكتوارية.

كما أن تولي الدولة مسؤولية توفير الموارد المالية اللازمة لمواجهة أعباء مخاطر الضمان يجعل من هذا النظام نظاما متميزا، في الوقت الذي تتولى فيه هيئات و شركات التأمين التجارية مواجهة هذه الأعباء، من مواردها المالية الخاصة المحصل عليها من خلال أقساط التأمين التي تتلقاها من زبائنها،ولمواجهة ذلك تلجأ هيئات التامين إلى رفع مستوى أقساط التأمين بما يضمن مواجهة الأخطار المؤمن عليها، أما أقساط هيئات الضمان فلا تعدو أن تكون مجرد مبالغ رمزية مما جعل البعض يقترح تفضيل تسميتها بالرسوم بدل من أقساط التامين قياسا على رسوم المرافق العامة التي تؤدى مقابل خدمة عامة وقد أدى هذا الوضع بالبعض إلى إطلاق وصف المرافق العامة على هيئات الضمان الوطنية[2]،كما أن مهمة نظام الضمان المتمثلة في تشجيع الاستثمارات تقتضي عدم المبالغة والمغالاة في أقساط الضمان و جعلها مجرد إعانة يعتمد عليها في مواجهة النفقات الإدارية،أما تغطية المخاطر فتتولاها الهيئة،و هذا ما يفسر لنا اعتماد هيئات الضمان في تأمينها للاستثمارات المضمونة على السلطات العمومية، وقيام هذه الأخيرة بتحمل أعباء الضمان ، بيد أن الارتباط العضوي بين هيئات الضمان و السلطات العمومية جعلها لا تنفصل عن بعضها البعض، و يمثل هذا الوضع حافزا مهما في توفير الاطمئنان للمستثمر المؤمن لدى هذه الهيئات و في دعم ثقته.

[1] إبراهيم شحاتة مقال (نظام الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية تطوره و الحكمة منه. ص 68/66 .

[2] أنظر في ذلك المذكرة المقدمة من طرف الإدارة العامة للمؤسسة العربية للضمان أكتوبر 1975 ص 3

2) الطابع الوطني لهيئات الضمان:

يتجسد الطابع الوطني لهيئات الضمان في فكرتين أساسيتين هما:

أ/ أن هيئات الضمان تنشأ وفق إجراءات قانونية و تنظيمية تخص كل دولة و لا يتعدى نطاقها و امتدادها حدود النطاق الإقليمي لكل دولة مما يضفي عليها طابعا وطنيا .

ب/ إن نظام الضمان الوطني لا يتعدى حدود الأشخاص الوطنية المنتمين بجنسيتهم للدولة الضامنة، لذلك يشترط في قبول المستثمر الراغب في الضمان على مستوى هيئات الضمان الوطنية أن يكون من رعايا الدولة الضامنة، أي أن يكون متمتعا بجنسياتها مما يجعل شرط الجنسية شرط أساسيا في استفادة الاستثمار الضمان على مستوى هيئات الضمان الوطنية،فالمستثمر سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا يتعين لقبوله أن يكون متمتعا بجنسية الدولة الضامنة، و اشتراط الجنسية لقبول ضمان المستثمر يضفي صفة الوطنية على نظام الضمان كما انه يتفق مع الهدف الذي وجدت من أجله هيئات الضمان و المتمثل في تشجيع استثمارات مواطنيها بالخارج وفتح أسواق أمام منتجاتها الصناعية و الحصول على الموارد الأولية الضرورية لاقتصادها الوطني .

إن فوائد نظام الضمان لا يمكن حصر أثارها على المستثمر، بل أن هذه الفوائد قد تعود على الدولة الضامنة ،كما تعود على الدولة المضيفة من خلال فرص الاستثمار التي يتيحها لها[1]

3)الطابع التعاقدي لنظام الضمان:

تخضع أنظمة الضمان الوطنية لمبدأ التعاقد بين الهيئة الضامنة و المستثمر،ضد الأخطار السياسية المشمولة بالضمان من خلال عقد الضمان المبرم بين الطرفين والذي تلتزم بمقتضاه الهيئة الضامنة دفع تعويض مناسب للمستثمر في حالة وقوع الضرر مقابل التزام المستثمر بدفعه لأقساط التأمين على أن يكون المستثمر المضمون متمتعا بجنسية الدولة التي تتبعها هيئة الضمان ، أو أن تكون أغلبية اسهم الشركة مملوكة لراعيا الدولة الضامنة حتى و لو كانت الشركة لا تمتع بجنسية الدولة الضامنة.[2]

---

[1] يشـترط برنامج الضمان الأمريكي في تغطية المخاطر أن تكون الاستثمارات المضمونة مملوكة لمواطني الولايات المتحدة الأمريكية و تعطـى الأولويـة للمشـروعات التي تتولى الاستثمار في البلدان النامية ، باعتبار أن نظام الضمان قد ارتبط في نشأته بفكرة المساعدة الدولية. سامي عفيفي حاتم المرجع السابق ص 262/261

[2] يتولى نظام الضمان الأمريكي التأمين على الشركات الأجنبية التي تنشأ في الولايات المتحدة الأمريكية متى كانت ملكية رأس مال هذه الشركة تعود إلى مساهمين أمريكيين بنسبة لا تقل عن 50%، أو كانت الشركة تحقق منافع اقتصادية للاقتصاد الأمريكي ، أنظر : علي حسن ملحم .دور المعاهدات.... المرجع السابق ص 36.

إن الطابع التعاقدي لنظام الضمان الوطني لا يقتصر على العلاقة القائمة بين المستثمر و هيئة الضمان بل يشمل أيضا العلاقة القائمة بين دولة المستثمر و الدولة المضيفة له، الشيء الذي يستوجب موافقة الدولة المضيفة على الضمان الممنوح للمستثمر و هو ما يعرف بشرط الدولة المضيفة لأن في ذلك ضمانا لحسن المعاملة، و للتأكد من قبول وموافقة الدولة المضيفة يفترض اتباع أحد الأسلوبين التاليين :

-الرجوع مباشرة إلى الضمانات الممنوحة بمقتضى التشريعات الداخلية للدولة المضيفة للاستثمار،و هذا الأسلوب يتفق من الناحية المبدئية مع فكرة احترام سيادة الدولة المضيفة، و قد عملت به بعض الدول[1] .

-الأسلوب الثاني ويقوم على إجراء مفاوضات بين الدولة المصدرة والدولة المستوردة لرؤوس الأموال بإبرام اتفاق فيما بين الدولتين يعرف باتفاق الضمان أو الحماية[2] .و في هذه الحالة يكون مصدر الضمان الاتفاق و ليس التشريع الداخلي للدولة المضيفة، و لم يشترط نظام الضمان الأمريكي شكلا معينا إذ يمكن له أن يتخذ شكل تبادل مذكرات على أن يتضمن موافقة الدولة المضيفة للاستثمار حق الحكومة الأمريكية الحلول محل المستثمر في جميع حقوقه المتعلقة باستثماره متى تعرض لخطر من المخاطر المضمونة، و يعترف لها بحقها في تملك النقد المحلي المحصل عليه نتيجة الحلول و استخدامه في تغطية نفقاتها داخل تلك الدولة و وعلى الدولة المضيفة أن تمنح للمستثمر الأمريكي المعاملة الوطنية و معاملة الدولة الأكثر رعاية .

4) مرونة نظام الضمان:

يتفاوت نطاق الضمان الوطني تبعا للأهداف المتوخاة منه و لظروف كل بلد، لذلك نجد بعض أنظمة الضمان الوطنية مفتوحة على العالم دون تمييز أو تفضيل بين مناطق العالم، و من أمثلة هذه الأنظمة نظام الضمان البلجيكي و نظام الضمان الياباني و نظام الضمان الإنجليزي··· الخ .

---

[1] لم يحـــدد القانون الألماني شكلا خاص فيما يتعلق باتفاقية الضمان المبرمة مع الدول المضيفة، إذ يمكن أن تكون في شكل اتفاقية عامة للصــــداقة و التجارة أو اتفاقية خاصة بحماية الاستثمار كتلك التي أبرمتها مع الحكومة الباكستانية ، أو عن طريق عقود الامتياز أو أية وســيلة أخـــرى أنظـــر في ذلك يحي الجمل و أحمد عشوش دراسة بعنوان بعض جوانب الضمان الدولي للاستثمار منشور في كتاب دراسات حول ضمانات الاستثمار المرجع السابق ص 349.

[2] في عـــام 1961 بلغ عدد الاتفاقيات التي صادق عليها الكونغرس الأمريكي 37 اتفاقية و ارتفع العدد فيما بعد إلى 58 اتفاقية. و في ألمانيا بلغ عدد الاتفاقيات المبرمة مع الدول النامية ما يزيد عن 49 اتفاقية.أنظر : سامي عفيفي حاتم المرجع السابق ص 242

بينما نجد أنظمة وطنية أخرى تتصف بمحدودية نطاقها ولا تتضمن سوى الاستثمارات التي تتم في مناطق معينة من العالم، ويأتي في مقدمة هذه الأنظمة النظام الأمريكي للضمان إذ اقتصر في بداية الأمر على الاستثمارات المتواجدة في غرب أوروبا، ثم امتد ليشمل مناطق أخرى من العالم و في المرحلة الأخيرة وبعد إنشاء منظمة الأوبايك أصبح الضمان مقصورا على الاستثمارات التي تتم في الدول النامية والتي توافق فيها الدول المستفيدة على إبرام اتفاقيات مع الولايات المتحدة و هو نفس الاتجاه الذي سلكته ألمانيا

أما فيما يتعلق بنطاق الاستثمار المشمول بالضمان،فإن ذلك يعود إلى طبيعة نشاط الهيئة الضمانة و الهدف الذي أنشئت من اجله وما إذ ا كان الغرض منها ضمان الاستثمارات المباشرة كنشاط المشروعات الصناعية التي تقام في الخارج و القروض الممنوحة لتلك المشروعات و الأرباح التي يعاد استثمارها سواء في شكل استثمار نقدي أو استثمار عيني ويكون الهدف منها تغطية الاستثمارات التي تكون لها أولوية في اقتصاد الدولة المضيفة و مساهمتها في تراكم رأس المال الاجتماعي و تطوير النشاط الاقتصادي وبين الاستثمارات التي تهدف إلى تنشيط المبادلات التجارية التي تخرج عن نطاق الضمان.[1]

أما من حيث مرونة النطاق الموضوعي للضمان فان اغلب هيئات الضمان الوطنية تتولى التأمين على مخاطر(نزع الملكية ،و المصادرة ،و التأميم و مخاطر عدم قابلية تحويل راس المال، و الحروب و الثورات)وتعد جميعا من المخاطر السياسية التي لا يمكن لهيئات التامين العادي تغطيتها الأمر الذي جعل الدول المصدرة لرؤوس الأموال تتكفل بضمانها من خلال هيئات وطنية عامة تعمل باسم الدولة ولحسابها،[2]لان الأخطار المؤمن عليها تتأثر بالعوامل السياسية اكثر مما تتأثر بالعوامل الموضوعية للنشاط الاقتصادي .

---

[1] دراسات حول ضمانات الاستثمار المرجع السابق ص 339 و أيضا سامي عفيف حاتم ص 263.

[2] دراسات حول ضمانات الاستثمار المرجع السابق ص 349 و كذلك علي حسن ملحم دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمار الأجنبي الخاص في الدول النامية المرجع السابق ص 39

الباب الثاني

الوسائل الدولية لحماية و ضمان الاستثمارات الأجنبية

تمهيد

إذا كـــان الـــنظام القانوني الوطني يهدف إلي تنظيم المصالح العليا للمجتمع،فان النظام القانوني الـــدولي يهدف الى التوفيق بين المصالح المتعارضة للدول كوحدات قانونية متساوية في السيادة[1]،حتى وان كانت قواعد القانون الدولي التقليدي قد وضعت خصيصالحماية وتغليب مصالح الدول المصدرة لـــرؤوس الأموال على حساب مصالح الدول المستوردة لها خلال مرحلة تاريخية أعطت فيها الدول ألا وروبـــية لنفســـها حق تنظيم الشؤون الدولية وسلطة مراقبة قواعد القانون الدولي مما دفع بالكثير من الـــدول النامـــية حديثة الاستقلال إلى التشكيك في تلك القواعد معتبرة إياها مجرد تعبير عن مرحلة استعمارية تميزت فيها العلاقات الدولية بالهيمنة والاستغلال ،الأمر الذي دفعها إلى المطالبة بإعادة النظر فـــيها و باستبدالها[2]،وقد أدى ذلك الى ظهور قواعد دولية جديدة تتعارض في مضمونها مع القواعد الدولية التقليدية بعدان تأكد فشل هذه الأخيرة و إخفاقها في مواكبة التطور الذي عرفه المجتمع الدولي كما ونوعا في ظل التغيرات الدولية الجديدة.

إن التغير الذي حدث في العلاقات الدولية وما صاحب ذلك من تطور في بعض المبادئ والمفاهيم القانونـــية زاد مـــن حدة الخلاف بيـــن الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال حول مدى نطاق حـــدود ســـلطة الدولة المضيفة في الاستيلاء على أموال الأجانب وتباينت مواقف كل طرف،إذ ترى الـــدول المصدرة لرؤوس الأموال، بأن القانون الدولي التقليدي يمنح الأجانب حق التمتع بالحد الأدنى من الحماية الدولية لا يجوز للدولة المضيفة تجاهله.

---

[1]يقصـــد بالـــنظام القـــانوني مجموعة القواعد القانونية السارية في مجتمع معين. عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة القانونية الدولية الاقتصادية.المرجع السابق.ص83.

[2]إن فكـــرة التشـــكيك في القـــاعدة العرفية الدولية تعود إلى اختلاف الإيديولوجية وتباين الأنظمة الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع الدولي الحديث بخلاف ما كان عليه المجتمع الدولي قديما حيث كان يتشكل من مجموعة واحدة من الدول تعرف بدول النادي الأوربي ذات النظام الاجتماعي والاقتصادي الموحد. عبد الواحد محمد الفار،الطبيعة القانونية للقاعدة الدولية الاقتصادية المرجع السابق.ص80 ،انظر في ذلك أيضا جعفر عبد السلام.مقال بعنوان(الإطار القانوني للتنميـــة الاقتصادية.)المرجع السابق .ص203

بيـــنما ترى الدول المضيفة(ونعني بها الدول النامية) انه لا معنى لوجود قواعد دولية حديثة، ما لم يكـــن لهـــذه الـــدول الحق في فرض سيادتها على ثرواتها الطبيعية تجسيدا لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي والاقتصادي وحقها في التأميم ومراقبة الأشخاص الأجانب الموجودين على إقليمها.

وفي خضـــم المواقـــف المتعارضة فان القواعد الدولية العرفية التقليدية عجزت عن توفير الحماية الدولـــية الضرورية للاستثمار الأجنبي ،مما زاد من احتمالات المخاطر وقد اثر ذلك سلبا على حركة رؤوس الأموال الأجنبية تجاه الدول النامية خشية من المصير المجهول الذي ينتظرها .

الفصل الأول ونتناول فيه الحماية الاتفاقية.

الفصل الثاني ونخصصه لنظام الضمان الدولي .

الفصل الثالث نتطرق فيه للحماية الإجرائية الدولية.

الفصـــل الأول

الحماية الاتفاقية الدولية

تمهيد :

هناك من ير جع نشأة الاتفاقيات الدولية إلى عهد العصور الوسطى حينما كانت تتم بين المدن وكـــان العمل التجاري فيها يقوم على التصريح المنفرد لكل طرف.ولوان صورتها الحقيقية لم تكتمل بمعـــناها الفـــني إلا في نهاية القرن الثامن عشر من خلال اتفاقيات الصداقة والملاحة والتجارة وتعتبرا لاتفاقية المبرمة بين الولايات المتحدة وفرنسا عام 1778 أول اتفاقية تبرم على المستوى الدولي[1a].

كمـــا تخـــتلف باختلاف أطرافها وطبيعة موضوعها فتقسم الى اتفاقيات ثنائية واتفاقيات متعددة الأطـــراف ،كما تقسم الى اتفاقيات عامة واتفاقيات خاصة تبعا لطبيعة موضوع نشاطها،أما من حيث إطارهـــا القانوني فتقسم الى اتفاقيات عقدية واتفاقيات تنظيمية وما يهمنا في دراستنا من مختلف هذه التقسيمات، التقسيم الذي يميز بين مضمون الاتفاقيات لان الطابع الغالب لاتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي يقوم على الاتفاقيات الخاصة سواء كانت في شكل ثنائي أم في شكل جماعي متعدد الأطراف .

---

[1]يذهب الاستاذ baronnold الى تقسيم مراحل نشأة وتطور الاتفاقيات الدولية الى أربع مراحل وهي:

-مرحلة العصور الوسطى وكانت الاتفاقيات فيها تتم بين المدن.

-المرحلة الثانية وتمتد من القرن الرابع عشر الى القرن السادس عشر وتميزت بالتوسع التجاري.

-المرحلة الثالثة وتمتد من القرن السادس عشر الى القرن الثامن عشر وقد برزت فيها الاتفاقيات المتعددة الأطراف الى جانب الاتفاقيات الثنائية.

-المرحلة الرابعة وتمتد من القرن التاسع عشر الى مطلع القرن العشرين وقد تميزت بظهور اتفاقيات التعاون الاقتصادي والتجاري التي عرفت باسم اتفاقيات الصداقة وتمثل صيغة الاتفاقيات التقليدية.انظر في ذلك:

1. Roy preis werk , la protection des investissements prives dans les traits bilatéraux , thèse pour le doctorat ,université de Genève faculté de droit éd poly graphique S.A Zurich 1963. p48

انظر أيضا:على حسن ملحم .دور المعاهدات الدولية...... المرجع السابق ص9.

المبحث الأول

الاتفــاقيــات الثنائيـــــة

تعتبر الاتفاقيات الثنائية الطابع المميز لعلاقات التعاون فيما بين الدول لما تتصف به من مرونة في تحقيق أهداف الأطراف المتعاقدة ولقيامها على المبدأ التعاقدي الذي يجسد إرادة الدول كوحدات قانونية وسياسية متساوية في السيادة وعلى هذا الأساس تبدو لنا أهمية التفرقة بين الأشكال المختلفة للاتفاقيات الدولية.

المطلب الأول

أهمية تقسيم وتصنيف الاتفاقيات الدولية

تقسم الاتفاقيات الدولية بحسب أطرافها إلى اتفاقيات ثنائية واتفاقيات متعددة الأطراف، ومن حيث إطارها التنظيمي وطبيعتها القانونية إلى اتفاقيات عقدية واتفاقيات تنظيمية، أما من حيث موضوعها فتقسم إلى اتفاقيات خاصة واتفاقيات عامة،وما يهمنا في دراستنا من مختلف هذه التقسيمات، التقسيم الأخير لا نه يبرز لنا الأداة المتبعة في تنظيم وحماية الاستثمارالاجنبي[1]وفي نفس الوقت يعكس لنا الجانب العملي المتبع في نطاق العلاقات الدولية.

الفــرع الأول

الاتفــاقيــات العامــــة

يمــثل هـــذا النوع من الاتفاقيات الشكل التقليدي لاتفاقيات الصداقة والتعاون فيما بين الدول المتعاقدة ويتولى تنظيم النشاط الاقتصادي والتجاري والمالي دون أن يتضمن ترتيبات خاصة بالاستثمار والمستثمرين،ذلك أن الغرض الأساسي من هذا النوع من الاتفاقيات ينصب على ترقية وتطوير التعاون وتوطيد أواصر الصداقة فيما بين شعوب الدول المتعاقدة من خلال وضع مبادئ وأحكام عامة تشمل

---

[1] يقـــوم هـــذا التقسيم أساسا على فكرة التمييز بين الاتفاقيات المتخصصة في حماية الاستثمار وهو نوع جديد ظهر بعد الحرب العالمية الثانــية وارتــبط في انتشــاره بظهور الدول حديثة العهد بالاستقلال واستعمل بصفة خاصة من طرف بعض الدول المصدرة لرؤوس الأموال مثل ألمانيا وسويسرا وبريطانيا والغاية منه حماية الاستثمار الأجنبي بعدما أصبحت قواعد القانون الدولي العرفي عاجزة عن توفير الحمايــة أمــا النوع الآخر فيعرف بالاتفاقيات التقليدية وتشتمل على موضوعات عدة ترتكز أساسا على مبدأ حرية التجارة والتعاون الاقتصادي الى جانب تنظيم الاستثمار لذلك يذهب الكتاب الى تبني هذا التقسيم .انظر:حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض .المرجع السابق ص 215
و كذلك: hosni el gamel. المرجع السابق ص. 276

كافة الأنشطة دون تمييز بينها بما في ذلك الاستثمارات،و لأنها تنظر إلى راس المال كمجرد سلعة يتم تداولها وانتقالها وفقا لمبادئ التجارة الدولية تصديرا واستيرادا.

لذا فان مؤيدي أسلوب الاتفاقيات العامة لا يرون أي مبرر للفصل بين الاستثمار وبين الموضوعات الأخرى التي تنظمها اتفاقيات الصداقة والتعاون،و أن راس المال عندهم ما هو إلا عنصر إنتاج لا يمكن فصله عن بقية العناصر الإنتاجية الأخرى الأمر الذي يستوجب تنظيمه في إطار العلاقات العامة للتعاون بين الدول[1].

وتعتبر الولايات المتحدة الأمريكية اكثر الدول تمسكا واستعمالا لهذا النوع من الاتفاقيات في علاقاتها الدولية ،رغم أنها تعد الدولة الأولى في تصدير الاستثمار إلى الخارج،وما يتطلبه ذلك من حماية خاصة بدل من الالتجاء إلى إدراج أحكام ضمن اتفاقيات عامة كاتفاقية الصداقة المبرمة مع إيطاليا والتي جاء فيها بندا خاصا بالاستثمار ينص "أن ممتلكات مواطني وشركات وهيئات أي من الطرفين المتعاقدين يجب ألا يستولي عليها في إقليم الطرف الثاني إلا طبقا للقانون وبشرط دفع تعويض حال وعادل وفعال"[2].وكذلك الاتفاقية المبرمة مع نيكاراغوا وقد جاء فيها بند خاص يقضي بعدم اتخاذ أي طرف من الأطراف المتعاقدة لتدابير تتصف بعدم المعقولية أو بالتمييز بما يؤثر في الحقوق المكتسبة قانونا لمواطني أو شركات الطرف الآخر في المشروعات التي يؤسسونها، ولا يتم الاستيلاء عليها الاستجابة للصالح العام مقابل تعويض عاد وفعال وحال.[3]

والجدير بالملاحظة أن الحماية المقررة في هذا النوع من الاتفاقيات (اتفاقيات الصداقة) لا يتضمن تحديدا دقيقا لتنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي مما يجعل الأحكام الواردة بها تتصف بالعمومية وعدم الدقة والتحديد لذلك لا تصلح بان تكون إطارا قانونيا وتنظيميا فعالا للاستثمار الأجنبي، بل وهناك من يرى بان الاتفاقيات العامة للتجارة والصداقة ارتبطت في ظهورها تاريخيا بسيادة فلسفة النظام الرأسمالي القائمة على المصلحة الذاتية والبحث عن الأسواق الخارجية لتصريف منتجات الدول

---

[1] انظر في هذا الصدد :عاطف إبراهيم محمد، ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ،ص130

[2] انظر في ذلك اتفاقية الصداقة والملاحة والتجارة المبرمة بين الولايات المتحدة الأمريكية وإيطاليا في 2 فبراير 1948،وكذلك اتفاقيات الصداقة والتعاون المبرمة بين الولايات المتحدة و كل من تايوان،كوريا الجنوبية،إثيوبيا،مسقط، الباكستان ،نيكاراغوا.مشار إليه في:حسن عطية الله،سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية.المرجع السابق،ص215-216.

[3] حسن عطية الله،سيادة الدول النامية على ثرواتها الطبيعية.المرجع السابق،ص216.

الصـــناعية ولبســـط نفوذ تلك الدول على مناطق إنتاج المواد الأولية في بلدان آسيا وإفريقيا وأمريكا اللاتينـــية اكثر من كونها إطار للتعاون وتشجيع وحماية الاستثمار وقد أدى ذلك الى ارتباط موضوع هذه الاتفاقيات بالأنشطة الاقتصادية والتجارية بين الدول المتعاقدة اكثر من ارتباطه بالاستثمار[1].

إن هـــذا النوع من الاتفاقيات لا يهتم بتوفير الآليات والقواعد القانونية اللازمة لحل المشاكل التي تواجه الاستثمارات بقدر ما يهتم بتنظيم التجارة الدولية وحسن الجوار،لان النصوص المحدودة الواردة بها والمتعلقة بحماية مواطني كل من الدولتين وأموالهم تهدف إلى حماية الأشخاص كرعايا أجانب اكثر ممـــا تهـــدف الى حماية الاستثمار كنشاط اقتصادي ومالي، مما يؤثر سلبا على المناخ الاستثماري لان المواقـــف المتبايـــنة لكـــل من الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال حول القواعد الموضوعية والإجرائـــية الخاصة بتنظيم ومعاملة الاستثمار وتزايد المخاطر الناجمة عن التأميم ونزع الملكية وغيرها مـــن إجـــراءات الاســـتيلاء التي تلجأ إليها الدول النامية تقتضي وجود حماية دولية خاصة لا يمكن لاتفاقيات الصداقة والتجارة أن تحققها.

وقـــد دفـــع هذا الوضع بالدول المصدرة لرؤوس الأموال إلى انتهاج أسلوب الاتفاقيات الثنائية الخاصـــة بالحمايـــة وتشـــجيع الاستثمار كآلية من آليات الحماية الدولية تهتم بشكل خاص بحماية وبـــالأخص مـــن قبل الدول المصدرة لرؤوس الأموال ووسيلة من وسائل التعامل الدولي في السياسة الخارجـــية لهـــذه الدول بهدف إضفاء الصفة الإلزامية على بعض القواعد الدولية العرفية التي ترفضها الدول النامية كإطار لتنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي.

غـــير أن الحاجة الملحة لرؤوس الآمال الأجنبية ومحدودية الموارد المالية للدول النامية والمضغوطات الممارســـة علـــيها، جعـــلها ترضخ لمطالب الدول المصدرة لرؤوس الأموال وتقبل بشروطها وبنمط الاتفاقيات الخاصة رغم وجود بعض البنود المضرة بمصالح الدول المضيفة، لكن ذلك لم يحل دون اتباع أســـلوب الاتفاقـــيات الخاصـــة بالحماية كإطار للتعامل الدولي في مجال العلاقات الثنائية بين الدول المستوردة والمصدرة لرؤوس الأموال ،و تعتبر اليوم أكثر الأساليب شيوعا من حيث التطبيق الدولي لها[2] ، كما سنوضح ذلك من خلال دراستنا للفرع الموالي.

---

[1] حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض.المرجع السابق .ص

[2] على حسن ملحم. دور المعاهدات الدولية...المرجع السابق .ص51

الفـــرع الثـــاني

الاتفـــاقيـــات الخاصـــة

لقد ظهر هذا النوع من الاتفاقيات بعد الحرب العالمية الثانية وجسدته الولايات المتحدة الأمريكية مـــن خلال نظام ضمان الاستثمار الأمريكي بمقتضى قانون التعاون الاقتصادي الأمريكي الصادر عام 1948 وفي مطلـــع الستينات امتد وبشكل مذهل الى معظم الدول المصدرة للاستثمارات لاعتبارين أساســـين هما: -تزايد المخاطر غير التجارية التي اصبح يتعرض لها الاستثمار الأجنبي في الدول حديثة العهـــد بالاســـتقلال بسبب العداء الذي تضمره شعوب هذه الدول لكل ما هو أجنبي نظرا لارتباط الاستثمار بالاستعمار خلال مرحلة تاريخية معينة.

-لقـــد أدى ظهـــور وانتشار الأفكار الاشتراكية كعقيدة سياسية ومنهج اقتصادي في كثير من الدول النامية الى التصعيد من احتمالات المخاطر غير التجارية ضد الملكية الخاصة مما زاد من مخاوف المســـتثمرين مما دفع بالدول المصدرة لرؤوس الأموال الى اعتماد في حماية استثمارات رعاياها بالخارج الى تبني نمط الاتفاقيات الخاصة الحماية.

وتعتـــبر ألمانيا،وسويســـرا،وإيطاليا،وبريطانيا وفرنسا وبعض الدول الأوروبية الأخرى المصدرة لرؤوس الأموال اكثر تمسكا بهذا الأسلوب في علاقاتها مع الدول النامية.وكمثال على ذلك ما جاءت بـــه الاتفاقـــية الجزائرية الفرنسية المبرمة عام 1993 كتجسيد للنهج الجديد في مجال حماية وترقية الاســـتثمار الأجـــنبي وقـــد جاء في ديباجتها " أن الطرفين المتعاقدين ورغبة منهما في تشجيع وحماية الاســـتثمار لصالح تنميتهما الاقتصادية يصادقان على الاتفاق المبرم بينهما والمتعلق بالتشجيع والحماية المتـــبادلة للاســـتثمار" هذه الصياغة تؤكد بان الاتفاقيات الثنائية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار أصـــبحت تمـــثل إطار قانونيا وتنظيميا للاستثمارات الأجنبية بدءا من قيام المشروع ودخوله في إقليم الدولة المضيفة إلى حين تصفيته وتحويل رأسماله إلى الخارج.

وتحقـــيقا لهـــذه الغاية عملت الدول المصدرة لرؤوس الأموال على اتباع ما يسمى بالاتفاقيات النموذجية proto type المستمدة أحكامها من مشروع اتفاقية حماية الأموال الأجنبية المعد من طرف مـــنظمة التعاون الاقتصادي[1].وان معظم الاتفاقيات المبرم فيما بين الدول المصدرة والمستوردة الخاصة بتشـــجيع وحماية الاستثمار تتشابه في الشكل والمضمون ولا تختلف عن بعضها البعض إلا في مسائل

---

[1]علي حسن ملحم .دور المعاهدات الدولية.....المرجع السابق ص 51

محـــدودة لدرجـــة أنهـــا أصبحت تمثل الإطار القانوني الأمثل للتعامل الدولي لمالها من خصائص،فهي تتضـــمن أحكاما مشتركة فيما بين الدول تصلح لان تكون مصدرا للقانون الدولي الاتفاقي ،كما أنها تتماشى مع التطور الذي عرفه المجتمع الدولي لدرجة أصبحت فيه التعاملات الدولية تتم كما لو كانت في قـــرية صـــغيرة اختزلـــت فيها المسافات وتخطى فيها الاقتصاد العالمي الحدود القومية للدول رغم الحواجـــز والعراقيل، كما أن الدول لم تجد وسيلة انسب لها من الاتفاقيات الثنائية لمواكبة ومسايرة ا التطور الاقتصادي في نطاق العلاقات الدولية،سواء لتحقيق ما تصبو إليه من تنمية وتقدم،أو من حيث تجسيد إرادتها في تعاملاتها كوحدات قانونية وسياسية قائمة ومتميزة عن بعضها البعض.

إن أهمـــية الاتفاقـــيات الدولية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار لا تكمن في توضيح وتحديد التزامات أطرافها من حيث محتوى الحقوق والالتزامات الواردة بها فقط،بل تكمن إضافي قوتها الإلزامية وفي تنفـــيذ الالـــتزامات الدولية الواردة فيما بين أطرافها وقدرتها في إثارة المسؤولية الدولية عند عدم الـــتزام أحـــد الأطراف بتنفيذ تعهداته و في هذا الصدد يقول الأستاذ طلعت الغنيمي "إن المسؤولية الدولـــية لا تقوم على ما تحتويه نصوص الاتفاق من التزامات وحقوق فيما بين الأطراف المتعاقدة بل تقوم أساسا على امتناع أحد الأطراف عن تنفيذ الاتفاق ذاته"[1] ويتماشى هذا الرأي مع الموقف الذي يـــرى بان قاعدة المتعاقد عبد تعاقده، هي قاعدة من القواعد الأساسية التي اقرها القانون الدولي وان الاتفاقـــات الدولية يجب أن تعلو على إرادة الدول المتعاقدة وتكون لها قوة القانون بين أطرافها وإلا ما كانـــت مصدرا من مصادر القانون الدولي الاتفاقي،وقد جاء في ديباجة ميثاق الأمم المتحدة ما ينص على ضرورة احترام الالتزامات الناشئة عن الاتفاقيات الدولية.

[1] محمـــد طلعت الغنيمي الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي .المرجع السابق .ص 158 . أحمد عبد الحميد عشوش النظام القانوني للاتفاقيات البترولية المرجع السابق ص 768 .

كما أن محكمة العدل الدولية الدائمة قد أقرت مبدأ علو الاتفاقية الدولية عن إرادة الدول المتعاقدة مــن خلال تأكيدها و إقرارها "بان الالتزام الناشئ عن الاتفاقيات يكون التزاما قانونيا ملزما وليس مجرد التزام أخلاقي"[1] ويعني ذلك أن أي إخلال بالالتزامات الواردة في الاتفاقيات الدولية يترتب عنه إثـــارة المسؤولية الدولية للطرف المخل ويعتبر العمل الذي اقدم عليه عملا غير مشروع لان الاتفاقية لا يقتصر اثرها على تنظيم العلاقة فيما بين الدول المتعاقدة انما يكوا اثرهالاحقا ايضا على تنفيذها.

ورغـــم شـــيوع نمط الاتفاقيات الخاصة بالحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية فيما بين الدول المصـــدرة لـــرؤوس الأموال والمستوردة لها،إلا أن الدول النامية لا ترتاح لهذه الاتفاقيات لما فيها من إجحـــاف وعدم المساواة بسبب عدم التكافؤ في الالتزامات بينها وبين الدول المتقدمة، وقد دفع هذا الوضـــع بمحـــرر اللجنة الاستشارية لدول آسيا وإفريقيا أثناء انعقاد مؤتمر فينا للمعاهدات الدولية الى التأكـــيد عـــلى بطلان الاتفاقيات غير المتكافئة و أكد ممثلها،بان القانون لا يستطيع أن يحتفظ بقوته الإلزامـــية مـــا لم يكن متسما بالعدالة في جوهره، وان بقاء واستمرار الاتفاقيات الدولية غير المتكافئة بحجة الحفاظ على استقرار المعاملات الدولية حجة واهية قد تكون السبب في عدم استقرار العلاقات الدولية وليس العكس لان الدول المتضررة ستناضل من اجل التخلـــص من الاتفاقيات غير المتكافئة[2].

غـــيران الـــتحفظ الذي أبدته الدول النامية على الاتفاقيات الدولية لم يقلل من أهميتها كأداة قانونية أساسية لعلاقات التعاون الدولي وحماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية وكوسيلة مفضلة لدى كثير من المستثمرين الأجانب .كما جاء ذلك في الدراسة التي أجرتها الولايات المتحدة الأمريكية لـــ 366 شـــركة تقـــوم بالاستثمار في الخارج،حيث تبين أن عددا كبيرا من هذه الشركات قد أجاب عـــلى الفـــور عن تأييده لأسلوب الحماية الاتفاقية الدولية مادامت هده الاتفاقيات تهدف الى حماية الاستثمارات الأجنبية وتمنع الدول المضيفة من التعرض لها بأي إجراء من الإجراءات الحكومية التي قد تؤدي إلى حرمان المستثمرين من حقوقهم الفعلية أو سلطتهم الأساسية على استثمارهم[3]. وهذه الرغبة لم تعـــد تقتصر على المستثمرين الأجانب ودولهم ،بل وجدت قبولا واستحسانا لدى دول مستوردة كانـــت في الماضـــي القريـــب ترفض العمل بالاتفاقيات الدولية كوسيلة من وسائل حماية وتشجيع

[1] محمد حافظ غانم المسؤولية الدولية. معهد الدراسات العربية العالية.جامعة الدول العربية.ط1962. ص 44 .

[2] جعفر عبد السلام .الإطار القانوني الدولي للتنمية الاقتصادية .المرجع السابق ص 203 .

3 Roy preis werk , la protection des investissements prives dans les traits bilatéraux op. Cite P 13

الاستثمار الأجنبي[1].مما يدعو الى القول إن الاتفاقيات الثنائية لقيت قبولا لدى معظم الدول بما في دلك دول أمـــريكا اللاتينية التي كانت تعارض هده الاتفاقيات بسبب أنظمتها القانونية التي لم تكن تسمح بإخضـــاع الاستثمارات الأجنبية المتواجدة على إقليمها لقانون غير قانوها ولقضاء غير قضائها.بعدما تأكد لهذه الدول أن لابد يل لها إن أرادت الحصول على المزيد من الاستثمار إلا جنبي ،وان الاتفاقيات الثنائـــية ما هي في الواقع إلا تعتبر وتجسيد لمبدأ سلطان الإرادة مما يعني قبول الأطراف المتعاقدة لها هو ارتضـــاء و إقـــرار لمحـــتواها بغض النظر عن طبيعة نشاطها وموضوعها،وان إقرارها لحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي لا يعني، أن الدولة المضيفة ليس لها الحق في مراقبة الاستثمار الأجنبي الوافد إليها بل لها الحق في رفضه وعدم قبوله إذا لم يكن مفيدا لها ومنميا لقدراها الإنتاجية وقد تأكد هذا الشرط في العديد من الاتفاقيات المبرمة بين الدول المضيفة والدول المصدرة رغم تسليمنا بان الاستثمـــار الأجنبي لا يهـــدف دوما إلى ترقية اقتصاديات الدول المضيفة بقدر ما يهدف إلى تحقيق مصالح الدول المتقدمة كالحصـــول عـــلى المـــواد الأولـــية وفتح أسواق للتمويل بالمنتجات الضرورية لصناعتها ونقل بعض الصـــناعات خاصـــة الملوثـــة للبيئة،بحيث يكون من الأفضل إنشاؤها في الدول النامية وبذلك يصير الاســـتثمار الأجنبي وسيلة تدمير للبيئة وليس وسيلة تنمية وتطوير وقد تتحول الاتفاقية الى أداة تشويه لاقتصاد الدولة المضيفة.

كما انه قد يكون الهدف من الاتفاقية إنشاء وتنمية النشاطات الإنتاجية في الدولة المضيفة وليس مجـــرد حمايـــة الأموال في هذه الحالة تعتبر الاتفاقية عنصرا ديناميكيا وفعالا في مجال العلاقة الاقتصادية الدولـــية وليســـت مجـــرد آداه حماية للملكية الأجنبية،ولكي يتحقق هذا الهدف فأن الاتجاه الجديد المعمـــول بـــه في نطاق اتفاقيات الحماية وتشجيع الاستثمار الأجنبي يعطي للدول المضيفة حق مراقبة الاستثمار الأجنبي بالاستيلاء عليه ما لم يكن الاستيلاء مصحوبا بعدم المشروعية،أي إذا كان الاستيلاء قائما على التمييز ولا يستهدف نفعا عاما وهذا ما تضمنته معظم الاتفاقيات الخاصة بالحماية .

إن مـــثل هـــذا الوضع يعتبر تطورا ملحوظا في موقف الدول المصدرة لرؤوس الأموال،كما يتيح للـــدول المضيفة فرصة المراقبة الفعلية للأموال الأجنبية الموجودة على إقليمها ويجعل الاتفاقية أداة من

---

[1]من بين دول أمريكا اللاتينية التي وقعت على اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمارات :بوليفيا،الارقواي،سلفادور نيكاراقو،الأرجنتين و غيرهـــا من اللدول النامية و قد بلغ عدد الاتفاقيات التي أبرمتها المانيا مع اللدول النامية إلى غاية 1991 77اتفاقية وسويسرا 51 اتفاقـــية.انظر في ذلك:حسن علي ملحم.الاتفاقيات الدولية...المرجع السابق.ص55 ،وكذلك.حسن عطية الله .سيادة الدول النامية على موارد الأرض.المرجع السابق .215

أدوات التنمــية،أما إذا كان الأمر غير ذلك فان الالتزام بالاتفاقية يصبح مرهقا للدول المضيفة وتصبح فوائد الاستثمار تذهب في اتجاه واحد[1].

المطلــب الثــانــي

مدلول الاستثمار في الاتفاقيات الدولية

لقــد سـبقت لــنا الاشــارة الى أن الاتفاقيات الدولية تعتبر أداة تعامل و إطارا قانونيا لتحديد الالــتزامات فــيما بــين الاطــراف المتعاقدة،لذا فهي تتضمن في الغالب تعريفات لبعض المفاهيم والمصطلحات الواردة بها ويمثل لفظ الاستثمار اولى الاولويات في اتفاقيات الحماية،نظرا لمايتميزبه هذا المصــطلح مــن غموض وشمولية في محتواه، لذلك تلجأ الأطراف المتعاقدة الى تحديد المضامين العامة الــواردة في الاتفاقــيات تجسيدا لمبدأ سلطان الإرادة الذي تقوم عليه باعتبارذلك أمرا مستساغ،لأن الاتفاقــية كعقد تطبق الاعلى رعايا الدول المتعاقدة ، وقدعملت الاتفاقية الجزائريةالفرنسية بهذا المبدأ كمــا يتبين لناذلك من المادة الاولى التي بدأت صياغتها بتحديد معنى الاستثماري مضمون الاتفاقية موضــحة بــان مدلوله يشمل ،الاموال والحقوق بمختلف انواعهاوالاملاك المنقولةوالعقارية والاسهم والحصــص الاجتماعــية،وكل شــكل مــن اشــكال المســاهمة والديون والامتيازات الممنوحــة لاحــدالطــرفين وحقــوق الملكــية الصــناعية(مــن بــراءات الاختراع الايجازات ،والعلامات المسجلة،والنماذج والتصاميم الصناعية المجسمة) .

ان الــتعداد الذي جاءت به الاتفاقية الجزائرية الفرنسية قد اعطى مفهوماواسعا للاستثمار لان ما ورد جــاء على سبيل المثال لاالحصر،كماان صياغتهاجاءت مطابقة للصياغة المعتمدة فــي الكثير من الاتفاقــيات المــتعلقة بتشجيع وحماية الاستثمار،ذلك ان معظم هذه الاتفاقيات لم تضع تعريفا محددا لمفهــوم الاســتثمار،كي يــترك قــدرا كــبيرا من المرونةيتسنى من خلاله استيعاب مختلف اشكال الاستثمارالتي قد تظهر نتيجة التغيرات الداخليةوالدولية،خاصةوان الاتفاقيات الدوليةتبرم لفترات طويلة يصــعب معها تحديد ماقد يحدث مستقبلا لذا تلجألمثل هذه الصياغة،وقدجاءت الفقرة(هــ) من المادة الاولى مــن الاتفاقــية الجزائريةالفرنسية مطابقة لما قلناه حيث نصت بانه(لايمكن لاي تغيير في شكل

---

1 MOHAMED BOUHACIN * L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS. . Op. cite-p65

الاستثمار أو إعادة الاستثمار أن يمس وصفه كاستثمار في مفهوم هدا الاتفاق بشرط ان لا يكون التغيير مخالفا لتشريع الطرف المتعاقد الذي أنجز الاستثمار على إقليمه[1]).

ومعنى هدا النص ان الاتفاقية تعترف للاموال الاجنبية المستثمرة في اقليم احد الطرفين بوصف الاستثماربغض النظر عن الشكل القانوني الذي تتخذه،متى روعيت التشريعات الداخلية للدولة التي ينجز الاستثمار على اراضيهاوهو مايفهم من عبارة " ان لايكون التغييرمخالفا لتشريع الطرف المتعاقد الذي يتم الاستثمارعلىاقليمه ". وهذا الوضع يؤدي الى التاديد على ان تحديد مضمون الاستثمارفي الاتفاقيات الدولية يتم بأحد الأسلوبين التاليين:

الفرع الاول

الاسلوب التعدادي

يقصد بالأسلوب التعدادي ، الأسلوب الذي يتولى ذكر عناصر الاستثمار ومكوناته دون أن يتولى حصرها، و هذا الأسلوب قد اتبع أيضا في بعض التشريعات الداخلية للدول كأداة لتحديد مضمون الاستثمار كما هو الحال عليه في التشريع السوري المتعلق بقانون الاستثمار لعام 1991 الذي تبنى صراحة اللاسلوب التعدادي من خلال ما تضمنته المادة الثالثة والعشرين من تعدادها للعناصر التي تدخل في مفهوم الاستثمار الخارجي كالنقد المحول من الخارج، الأموال العينية،التجهيزات والمعدات، الحقوق المعنوية ،وبراءات الاختراع، والعلامات التجارية المسجلة . .الخ[2].وتشمل هده العناصر كافة الأصول ،كالعقارات والمنقولات،وحقوق الملكية، والحقوق العينية،وحقوق الامتياز،وحقوق الاستعمال والاستغلال والسندات والأسهم والقروض الممنوحة للمشروعات، وكذا الحقوق المعنوية،كحقوق الاختراع وحقوق الملكية الصناعية والعلامات و وحقوق الخبرة الفنية وحقوق الامتياز الممنوحة بقانون أو اتفاق.

كما نصت المادة الثانية من المرسوم التشريعي الجزائري المتعلق بترقية الاستثمارعلى مفهوم الاستثمار من خلال ذكر بعض وظائفه والعناصر التي تستجيب لمثل هذه الوظائف (تستفيد من

---

[1] أنظر، في ذلك الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها في 13 فبراير 993. بمقتضى المرسوم رقم 01/94 ج ر ص 4 العدد الأول الصادرة بتاريخ 2 يناير 1994 .

[2] قانون الاستثمار السوري رقم 10 الصادر في 25 — 04 — 1991 ص14

احكامه الاستثمارات المنشئة والمنميةللقدرات والمعيدةللتاهيل او الهيكلةالتي تنجز في شكل حصص من راس المال او حصص عينية يقدمها أي شخص طبيعي او معنوي[1]).

ويتبين من النص السابق ان المشرع الجزائري قد اعتبر من قبيل الاستثمار جميع الاموال التي تاخذ شـــكل الحصـــص الـــنقدية اوالعينية دون حصرها او تحديدلحجمها شريطة ان تكون منشئة اومنمية لقـــدرات الانتاج اوتكون مخصصة لاعادة التاهيل الىغير ذلك من صور ومراحل الاستعمال مما يوحي على ان المشرع الجزائري قدمزج بين التعداد ووالغايةالوظيفية للاستثمار.

والجدير بالملاحظة ان الاسلوب التعدادي لايميز بين الاستثمارالمباشر و غير المباشر،انما يجمعهما معـــا بحيـــث لا يترك مجالا للخلاف بين الاطراف المتعاقدة فيمايتعلق بقائمة عناصر الاستثمارطالما انه مفتوح و غير محدد مما يسمح بادراج أي نوع من انواع الاستثمار.

بيـــنما تذهب بعض القوانين الى التركيز على الاستثمارات المباشرة من خلال النص على تنفيذ المشـــروعات و التوســـع فيها و اقتناء الألات و المعدات و براءات الاختراع والعلامات التجارية و عملـــيات اعـــادة الاستثمار و جميع هذه الصور تفيد بأن الاستثمار المستهدف هو الاستثمار المباشر بمختلف أشكاله كالتشريع المصري الخاص باستثمار رأسمال العربي و الأجنبي [2].

الفـــرع الثـــاني

اسلوب الاسناد لقانون الدولة المضيفة

يقـــوم هـــذا الاســـلوب على اسناد عناصر الاستثمار موضوع الاتفاقية الى التشريعات الداخلية للدولـــة المضيفة الطرف في الاتفاقية لكن اعتماد هذا الأسلوب يتطلب من الاطراف المتعاقدة الالمام بجمـــيع تشـــريعات الاســـتثمار لكل طرف من الاطراف المتعاقد معها وهو امر غيرممكن ان لم نقل مســـتحيلا خاصـــة اذاكانت الدولة المتعاقدة لاتملك تشريعا مقننا للاستثمار،انما مجرد نصوص مبعثرة ومشـــتةبين مخـــتلف القوانين، او اذا كان تشريع الاستثمار يحيل الى نصوص اخرى يصعب حصرها ومعرفة محتواها.

ان اســـلوب الاســـناد قد يؤدي الى التباين في نطاق ومفهوم الاستثمار تبعا للاوضاع الاقتصادية والاجتماعية لكل دولة حسب ماينص عليه تشريعهاالخاص.

---

[1] المرســـوم التشـــريعي رقـــم 12/93 المتضـــمن قانون ترقية الاستثمار الصادر بتاريخ 5 أكتوبر 1993 الملغى بمقتضى الام التشريعي. الصادر في أوت 2001 المتضمن قانون تطوير الاستثمار.المرجع السابق.

[2] أنظر مني محمود مصطفى الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي .المرجع السابق. ص 11 و 12 .

لــذا فان تحديد مفهوم الاستثمارفي الاتفاقيات الدولية ينبغي ان يراعى فيه ما اذا كان الاستثمار ياخذ شكلا تبادليا بحيث ينتقل بين جميع الدول المتعاقدة كما هو الحال بالنسبة للاستثمارات التي تتم بـين البلدان المتقدمة وبين الاستثمار الذي يتم في اتجاه واحد كماهوالحال في الاتفاقيات المبرمة بين الــدول المتقدمة والدول النامية ،في مثل هذا الوضع يكون من الأفضل الميل الى الاخذ بالمفهوم الضيق للاســتثمار توخيا للمسؤولية التي قد تثيرها الدول المصدرة لاموال قدلاتكون لها صلة بالاستثمار،وانه ينبغي ان يعطى للاستثمارمدلول ،لا يتعدى حدود الاسهامات في موارد المشروع الاستثماري .

وتجنـبا لفكرة الاطلاق في مفهوم الاستثمارعمل المشرع الجزائري على تقييد مضمونه من خلال ربــط مفهومــه بالمساهمة في القدرات الانمائية،حيث اشترط في ظل تشريع تطويرالاستثماربان لاتقبل الامــوال الاجنبــية الموجهــة للاستثمار الاذاكانت منشئة ومنمية للقدرات الانتاجية).[1] وقداخذت الاتفاقــية الجزائــرية الفرنسيةبصــيغة التقيــيد حينما ربطت بين الاستثمارومدى صلاحيته للتنمية الاقتصــاديةلطرفي الاتفاقــية اذ جــاء بهــا"ان الاستثمارات تكون في صالح التنميةالاقتصاديةلطرفي الاتفاقــية"[2]وهــذه العبارة توحي الى امرين: ان مدلول الاستثمارينصب على الاموال التي تساهم في تحقــيق التنمــية الاقتصــادية ممــا يعطــي للدولــة المضيفة سلطة الاختيارالملائم والانسب لطبيعة الاستثمار،واســتبعادمن نطاقــه الامــوال المعــدة للاستهلاك والاموال التي لاتكون لهاعلاقة بالبناء الاقتصــادي،لان اموال الاستثمارفي مفهوم الاتفاقية يجب ان تكون لهاقيمة اقتصادية واجتماعية فهي ترتــب اعباء ا مالية ومسؤوليات قانونيةعلىعاتق الدول المضيفةلها، فان لم يحسن استعمالهاواستغلالها، كــان تحول الاموال للاستهلاك الشخصي(كالا قتراض من اجل بناء مسكن او اقتناءسيارات)عندها يصبح الاستثمارالاجنبي عبء ثقيل علىشعوب الدول المضيفة ويصير الاستثمارالاجنبي غير مفيدللتنمية الاقتصــادية للدولة المضيفة،بل قديكون مجردوهم اوسراب ، ممايجعل من اتفاقيات الحماية اداة سيطرة وتحكم وليس اداة تعا ون [3].

---

[1] أنظر في ذلك نص المادة 2 من الامر التشريعي الصادر عام 2001 المتضمن تشريع تطوير الاستثمار

[2] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لتشجيع وحماية الاستثمار.المرجع السابق .

[3] Mohamed Bouhacin L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS Op Cite P55

الامر الثاني الذي استهدفته العبارة المشار اليهما في الاتفاقية ان الاتفاقية اخذت بعين الاعتبار مبدأ التكافؤحيـــنما اشـــترطت بـــان تكون الاستثمارات في صالح التنميةالاقتصاديةلطرفي الاتفاقية،لذلك يستحسن الاخذ بالمفهوم الضيق لمدلول الاستثماربدل الاخذ بالمفهوم الموسع .

وقـــد اخـــذت الاتفاقـــيات الدولـــية لحماية وتشجيع الاستثمارات بالمفهومين معا فلجأت في تحديدهاللاســـتثمار الىذكـــر العناصر المكونةله دون تحديد لهاوقديتعدى الامرليشمل الانشطةالاخرى المرتبطة بالاستثمار ولوبشكل غيرمباشر كالانشطة التجارية المتممة للاستثمار والتي بدونها لايمكن لهذا الأخير ان يقوم بدوره كاملا.

وتستعمل الاتفاقيات في تعريفها للاستثمارعبارات قدتزيد من مرونة وحرية التصرف كماجاء في الاتفاقـــية الجزائـــرية الفرنســـية حينما ذكرت "ان أي تعديل في شكل الاصول المستثمرة لايغيرمن صفتهاكاستثمار"ومثل هذه العبارة تمنح من دون شك قدرا كبيرا من المرونةللمستثمرين فيتغيير اصول اســـتثماراتهم داخـــل المشروعات دون ان يؤثرذلك على وصفها او ان يفقدها صفتها كاستثمار من الناحيتين القانونيةوالاقتصادية.

ان الصفةالمزدوجةللاستثماركنشـــاط اقتصـــادي يحـــتوي على مجموعة من العناصر الماديةوالمالية وكتنظـــيم قانوني يجسد المشروع الاستثماري جعلت التعاريف الفقهيةبشان مضمون الاستثمارتختلف وتتـــباين. ولم تفـــلح الاتفاقـــيات الدولـــية ولاالفقه فيوضع تعريف محدد وشامل للاستثمارالاجنبي ،واضـــحت مسالة وضع تعريف شامل للاستثمارمن الصعوبة بمكان، حتى وان كان لرجال الاقتصاد فضـــل السبق عن رجال القانون في تعريفهم للاستثمار.فما تعريف الاستثمار عند الاقتصاديين وعند القانونيين؟

لقد عرف رجال الاقتصاد الاستثماربتعريفات مختلفة اعتمدت في اساسها على ابرازدوره في زيادة الـــثروة بوصـــفه عنصرا من عناصر النشاط الاقتصادي ومصدر توسع في القدرات الانتاجية، لذلك جـــاءت تعاريفهم متاثرة بالصفة الديناميكية للاستثمارفعرفوه علىانه" مجموع الاضافات الصافية من المنتوجات الراسمالية الى الثروة الوطنية"[1].

---

[1] عبد الحميد الغزالي مقدمة في الاقتصاديات الكلية دار النهضة العربية القاهرة ط 1985 ص91 .

كمـــا عـــرفوه،بانهً اضافة جديدة الى الاصول الانتاجية الموجودة في المجتمع خلال مرحلة زمنية معينةّ[1] او انه ً تحويل المدخرات الىاصول راسماليـــة [2]

واذا كـــان الـــتعريف الاخيريقـــوم عـــلى فكـــرة تحويل راس المال النقدي الى راس مال عيني وهذاالوصف ينطبق على الاستثمارالمباشر،فان التعريفين السابقين قدر،كزا على وظيفة الاستثمار كعنصر مـــن عناصر الانتاج ومن ثم فان مفهوم الاستثمار عند اصحاب هذه التعاريف يقوم علىالهدف من توظيف راس المال،وقدرته علىخلق وزيادة الثروة.

امـــا تعريف الاستثمار عند رجال القانون فقد انصب على الجانب التنظيمي والاجرائي كعلاقة قانونـــية فـــيما بـــين الاشخاص اوفيمابين الدول فعرفه بعضهم بانهً تقديم الاموال المادية والمعنوية من شـــخص طبـــيعي او معنوي يحمل جنسيةدولةما،للمساهمة في مشروع قائم او سيتم انشاؤه بالدولة المضـــيفة قصدالقيام بنشاط اقتصادي بطريق مباشر اوغير مباشر [3] أي أنه انتقال لراس المال الاجنبي الخـــاص عـــبر الـــدول المساهمة في الاستغلال الاقتصادى بقصد تحقيق ربح متميز لايمكن تحقيقه في بلدهاالاصلي.

كمـــا عـــرفه الـــبعض بانـــه" انتقال لعناصر الانتاج عبرالحدود الدوليةللمساهمة فيىالاستغلال الاقتصـــادي" وحســـب هذاالـــتعريف فـــان الاســـتثمارلايعني انـــتقال رؤوس الاموال النقدية بل وقديتخذالاســـتثمار شكل الاصول المادية من عتاد ومعدات ومواد وتكنولوجيا وغيرها من الامورالتي تدخـــل في مفهـــوم عناصر الانتاج،وان مضمون هدا الوصف ينطبق في حقيقةالامرعلى استثمارات الشـــركات المـــتعددة الجنسيةفي نشاطاتها مع الدول المضيفةلها،ويتضح من خلال التعاريف السابقة ان رجال القانون ورجال الاقتصادلم ينجحوا في وضع تعريف موحدوجامع للاستثمار.

امـــا القضاء الدولي فلم يهتم بمناقشة هدا الموضوع رغم النزاعات الاستثمارية العديدة والمتكررة الـــتي عرضت عليه،ومع ذلك لم يتطرق الى تحديد معنى الاستثمارففي قضيةبرشلون تراكشن التي سبق ذكرهافي الباب الاول من هذا البحث لم تتطرق محكمةالعدل الدولية التي عرض عليهاالنزاع الى تعريف الاســـتثمار في ذاتـــه واكتفت بالتركيز على الجوانب القانونية لعلاقات الاطراف المتنازعة وعلاقتها بـــالاموال المتنازعلـــيها ونعتقد ان ذلك عين الصواب،لان الاستثمار في مفهوم القانون علاقة اكثر

[1] محمد سلطان بوعلي مبادئ الاقتصاد دار النهضة العربية القاهرة ط 1979 ص 76 .

[2] السيد عبد المولى أصول الاقتصاد . المرجع السابق ص 288 .

[3] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان .المركز القانوني للمستثمر في السودان ......المرجع السابق. ص40 .

مماهومـــادة لذلك ار تكز مجهود القضاء الدولي في شتى التراعات التي عرضت عليه على ابراز الطابع القانوني لعلاقات الاطراف بالاموال المتنازع بشانها .

لكن عدم تعريف القضاء الدولي للاستثمار لم يمنع قضاة محكمة العدل الدولية من اعطاء رايا حول مضـــمون الاســـتثمار من خلال الراي الانفردي لاحد القضاة اثناء تصدي المحكمة الدولية للنظر في التراع المتعلق بقضية برشلون تراكشن وقدجاء في ذلك التعريف ان الاستثمار" قرار تخصيص الاموال لنشـــاط انتاج"[1] وهذا التعريف لم يخرج في حقيقة الامر عن الملاحظة التي ابديناها فيماسبق والتي قلنا فيهابان الاستثمار علاقة لامجردمادة لان عبارة التخصيص التي وردت في التعريف (قرار تخصيص)تعني قيام علاقة مركبة تجمع بين عناصرقانونية تتمثل في صدورقرار التخصيص وعناصر اقتصادية تتمثلة في النشاط الانتاجي، وبدلك يكون الاستثمار الاجنبي عبارة عن استخدام لاصول ماليةومادية في نشاط اقتصادي يقع خارج حدود الدولةصاحبة راس المال لدى دولة اخرى تعرف بالدولة المضيفة.

بيد الاموال الاجنبيةالتي يطلق عليهاوصف الاستثمارلاتتمتع بالحماية الاتفاقية تلقائيا،انما يجب ان تتوفر على بعض الشروط من ذلك مثلا ان تكون الاموال المستثمرة مملوكة لاشخاص ينتمون للدولتين المتعاقدتين وان تحظى بموافقة الدولة المضيفة التي يتم تنفيذ الاستثمارعلىاراضيها.

ان العمل بمثل هذه الشروط في اطارالاتفاقيات الثنائيةيعتبرتعبيراصادقالمبدأسلطان الارادة،فلاتجبر الـــدول عـــن شيئ لم ترتضيه،كماان الاتفاقيات لاتعدو ان تكون مجردعقود دولية فيما بين اشخاص القـــانون الـــدولي لان هذاالـــنوع من الاتفاقيات لايرقى الى مستوى الاتفاقيات الدولية دات الطابع التنظـــيمي[2]،وان الطابع التعاقدي للاتفاقيات الثنائية يجعل قبول او رفض الاستثمار فيما بين الدولتين التمـــتعاقدتين مجرد اثر من الاثار المباشرة لمبدأ سلطان الارادة المعبرعنه في الاتفاقيات الثنائية كما يظهر ذلـــك من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية الخاصة بحماية وتشجيع الاستثمار التي نصت في الفقر(هـــ)من المـــادة الاولى "ان هـــذه الاســـتثمارات يجـــب ان يتم قبولها طبقا لتشريع الطرف المتعاقد الدي يتم

[1] أنظر في ذلك:

[2] يفرق البعض بين الاتفاقيات الدولية ذات الطابع التعاقدي و الاتفاقيات الدولية ذات الطابع التنظيمي و لا يعتبرون الأعمال المدنية . الـــتجارية مـــن قبيل الأعمال التنظيمية حتى و إن تمت بمقتضى اتفاقات و تبقى خاضعة للقواعد التي تحكم العقود لأن الدول لا تتمتع بالحصانة بالنسبة لمثل هذه الأعمال و لا تعتبر الاتفاقيات المنظمة لها اتفاقيات دولية بالمعنى الصحيح إلا أن الالتزام الدولي بها يرجع إلى قاعدة دولية تقضي بأن الدول ملزمة باحترام تعهداتها و على هذا الأساس فقط تنشأ المسؤولية الدولية و ليس على ما تتضمنه الاتفاقية من التزامات عقدية أنظر محمد حافظ غانم. المسؤولية الدولية. المرجع السابق ص 47 .

الاســـتثمارعلى اقلـــيمه[1] .و عـــبارة قبول الاستثمار لاتعني مجرد الموافقة علىدخوله بل تعني ايضـــا اخضاع الاستثمارالى التشريع الداخلي للدولة المضيفةوان يكون مملوكا لشخص طبيعي او معنوي يعتبر مـــن رعايـــا الدولـــتين او ان يكـــون مراقـــبا بصفةمباشرة اوغيرمباشرة من طرف مواطني الدولتين وهنااشاروواضحة الىاخدالاتفاقية بمعيار الرقابة وعدم الاعتداد بالمعاييرالمتبعة في تشريعات الطرفين.

ويثورالتسئول فيما اذا سمحت الدولة المضيفةللمستثمر الاجنبي بالدخول الى اقليمهاوقام هذاالاخير بالاســـتثمار فيهاقـــبل ابرام الاتفاقية،فهل يكون له الحق في الاستفادة من الحماية المقررة في الاتفاقية بطريقة الية،ام لابد من صدور قرار من الدولة المضيفة يقضي بالموافقةعلىذلك، وهو مايعرف بشرط القبول اوالموافقة والواقع ان العمل بهذا الشرط يعبر عن رغبة الدول المضيفة في تنظيم ومراقبة الاستثمار الاجـــنبي الدي يدخل اراضيها بما يتماشى واهدافها الاقتصادية، اذ من خلاله تستطيع ان تمارس نوعا مـــن الانتقاء بين الاستثمارات الاجنبية المفيدة والاستثمارات التي تكون لها اثار سلبية على اقتصادياتها الوطنـــية اوتكون مضرة بالبيئة ،حيث ترفض بعض التشريعات منح تراخيص دخول الاستثمارالاجنبي كماتقضـــي بدلك المادة الرابعة من المرسوم التشريعي المتعلق بترقيةالاستثمارالذي جاء فيه ،انه من بين الشـــروط التي يجب على المستثمر الاجنبي مراعاتها لقبول دخول استثماره،المحافظة علىالبيئة ومادامت الاتفاقيات تنص على وجوب مراعاة التشريع الداخلي للدولة التي يتم تنفيدالاستثمار علىاراضيها فان دلـــك يعـــني ان الاستثمارات التي تتم وفق الاتفاقية الجزائرية الفرنسية ،يجب ان تراعي عند دخولها الـــتراب الجزائـــر، ماتقرره المادة الرابعة من تشريع ترقية الاستثمارفيما يخص المحافظة علىالبيئة،اضافة الىذلك فان القانون الدولي يعترف للدول بحقها في قبول اورفض الاستثمار علىاقليمهاوفي ضوء ذلك تســـتطيع الدولـــة المضيفة ان تفرض شروطها على المستثمر الراغب في الاستثمارعلى اراضيها وعلى العموم فان اتفاقيات الاستثمار تعترف بسلطة الدولة المضيفة في تنظيم الاستثمارالاجنبي على اقليمها ضمانا لمصالحها الوطنية.

المبحـــث الثـــاني

القواعد الموضوعية التي تحكم تنظيم الاستثمار في الاتفاقيات الثنائية

تتضمن الاتفاقيات الثنائية لحماية وتشجيع الاستثمار قواعد موضوعية لمعاملة رعايا كل طرف لـــدى الطـــرف الآخـــر المتعاقد معه،لان الدولة أصلا ليست ملزمة بتحقيق المساواة بين الأجانب

---

[1] الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المبرمة في 13 فبراير 1993 الخاصة بالتشجيع و الحماية المتبادلة للاستثمارات المرجع السابق ص 5 .

ومواطنيها فيما يتصل بالحقوق والالتزامات،ومع ذلك فان سلطتها ليست مطلقة،بل هي مجبرة على احـــترام ما استقر عليه العرف الدولي من وجوب احترام الحد الأدنى من المعاملة[1]هذا الحد الذي ما يزال الخلاف بشأنه قائما من حيث صفته كقاعدة دولية معترف بها في القانون الدولي المعاصر ومن حيـــث مضــــمونه.[2] لذلك تأتي الاتفاقيات الثنائية لاستكمال ما لم تستطع القواعد العرفية الدولية تحقــيقه في مجال حماية الأموال الأجنبية، و تظهر لنا أهمية تحديد قواعد معاملة المستثمرين الأجانب من خلال الاتفاقيات الثنائية الدولية لان أي إخلال من جانب أحد الأطراف المتعاقدة يشكل خرقا لالتزام دولي يثير المسؤولية الدولية للطرف الآخر وقد ينص الاتفاق على ذلك كما ورد في الاتفاق الجزائري البلجيكي اللكسنبورغي الذي جاء فيه بأنه على كل طرف احترام الالتزامات التي يتبناها تجاه مستثمري الطرف الآخر.[3]بهذه الكيفية تقرير المزيد من الحماية القانونية للاستثمارات الأجنبية من خلال ما تتضمنه الاتفاقيات المبرمة بين الدول المتعاقدة من تنظيم مباشر للحماية المطلوبة وفي سبيل تحقيق هذا الغرض درج العمل الاتفاقي على تبني مجموعة من القواعد نتناولها فيما يلي.

المطلـــب الأول

أسلوب المعـــاملة غير المشروطـــة:

يقصد بأسلوب المعاملة غير المشروطة،الأسلوب المطلق الذي لا يعرف تحديدا لنطاقه ومضمونه بشكل مباشر أو غير مباشر في نطاق الاتفاقيات الدولية،إنما يترك تحديد مضمونه لكل حالة وتعتبر قاعدة(المعاملة العادلة) الصورة المعبرة له،كون أن هذه القاعدة غير محدودة المضمون هي الأخرى مما يجعل أمر تحديد نطاقه متروك لإرادة الدول المتعاقدة وهذه الصفة تجعله يتمتع بقدر كبير من المرونة

---

[1]يقصـــد بـــالحد الأدنى من المعاملة الحقوق المعترف بها للأجانب كما أكدت ذلك محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية،المصالح الألمانـــية في سيليزيا العليا البولـــونية بمقتضى الحكم الصادر عام1926 حيث صرحت بان هناك حدودا تقررها المبادئ العامة للقـــانون الدولي فيما يتعلق بمعاملة الأجانب لا يجوز للدول الخروج عنها.كما أقرتها أيضا لجنة تقنين القانون الدولي بلاهاي عام 1930 . انظـــر في ذلك:محمد حافظ غانم.المسؤولية الدولية.المرجع السابق ص71و72.انظر في ذلك هشام محمد احمد حاتم عقد ضمان الاستثمار. المرجع السابق.ص7.

[2]عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق ص83 .

[3]انظـــر في ذلـــك الفقرة الثانية من المادة الثامنة من الاتفاق الجزائري البلجيكي المبرم بالجزائر في 24 أبريل 1991 المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات. الجريدة الرسمية رقم46 أكتوبر 1991.

[4]إبراهيم شحاتة.الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة.المرجع السابق ص 141

إلا انـــه في نفـــس الوقت يكون مصدر إبهام وغموض مما قد يخلق صعوبة كبيرة عند تحديد المعيار الـــذي يتـــبع في ضبط مضمونه الشيء الذي يزيد من مخاوف المستثمرين ويؤدي إلى عرقلة حركة رؤوس الأمـــوال واحـــتمال زيـــادة المخاطر غير التجارية،خاصة وان هناك اتفاقيات دولية ثنائية ومـــتعددة الأطراف أخذت بهذا الأسلوب[1] .لكن عدم تحديد مضمونه دفع بالفقه إلى البحث عن معايير وقواعد مكملة له.

الفـــرع الأول

قـــاعـــدة المعاملـــة العادلـــة والمنصفـــة

لقد تضمن الاتفاق الجزائري البلجيكي الخاص بحماية وتشجيع الاستثمارات النص على قاعد المعاملـــة العادلة والمنصفة وذلك من خلال ما ورد في المادة الثالثة فقرة أولى التي جاء فيها على أنّ: تتمتع كل الاستثمارات المباشرة وغير المباشرة التي تمت من طرف أحد الأطراف المتعاقدة على إقليم الطرف المتعاقد الآخر بمعاملة منصفة وعادلةً [2]

لقـــد جاءت هذه القاعدة كتجسيد فعلي لأسلوب المعاملة غير المشروطة لذلك فهي لم تختلف عنه فيما يكتنفها من غموض يصعب معه تحديد مضمونها،مما قد يثير تساؤلات،فيما إذا كان تحديد مضـــمون الاســـتثمار متروك لإرادة الدول المتعاقدة وأنظمتها القانونية،أم انه يتحدد وفق قواعد القانون الدولي؟

في الحقيقـــتان هـــذه الإشكالية قد تطرقت إليها بعض الاتفاقيات كما جاء ذلك في الاتفاقية الجزائرية الفرنسية لحماية و تشجيع الاستثمار و التي نصت بصريح العبارة على أن:

"المعاملة العادلة والمنصفة تتحدد وفقا لقواعد القانون الدولي"[3]وبهذه الكيفية تكون الاتفاقية قد تفادت صراحة إشكالية التساؤل المطروح بإسنادها مهمة تحديد مضمون "المعاملة العادلة"إلى قواعد

---

[1]إبراهيم شحاتة. الاطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية،المرجع السابق ص142

[2]راجـــع في ذلـــك:الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسنبورغي المبرم في 24افريل1991 و المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائر العدد 46 أكتوبر 1991

[3]راجـــع في ذلـــك نص المادة الثالثة من الاتفاق الجزائري الفرنسي المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار المبرم في 13افريل1991 ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد01 لعام1994 ص4.

القانون الدولي.كما أخذت بهذا المعنى أيضا ا لاتفاقية المبرمة بين الدولة الجزائرية والاتحاد اللوكسنبورغي البلجيكي حيث تنص الفقرة الثالثة من المادة الثالثة أن المعاملة المعترف بها "لا تكون بأي حال من الأحوال،اقل امتيازا مما هو معترف به من قبل القانون الدولي".وهذا الموقف لا يختلف عما ذهب إليه الفقه، فقد اعتمد هذا الأخير في تحديده لمضمون قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة على قاعدة الحد الأدنى للمعاملة معتبرا ذلك بمثابة معيار واحد لتطابقهما من حيث الأساس الذي تقوم عليه،إذ كلاهما يقوم على ما تقرره قواعد القانون الدولي العرفي[1] .

غير ان هذا الاتجاه انتقد لانه لا يحل الإشكال نظرا للاختلاف القائم بين الدول المصدرة والمستوردة حول الطبيعة القانونية لقاعدة الحد الأدنى كقاعدة من قواعد القانون الدولي[2].

كما أن الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف غالبا ما تفوق في محتواها المعاملة التي يقرها مبدأ الحد الأدنى المقرر في القواعد العرفية الدولية لذلك لا يمكن أن تكون قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة مطابقة كل التطابق مع قاعدة الحد الأدنى،لذا يذهب اتجاه فقهي إلى اعتبار المعاملة العادلة والمنصفة بأنها تعني المساواة في المعاملة بين المستثمرين الأجانب والوطنيين وعدم التمييز بينهم.

وقد أخذت بعض الاتفاقيات بهذا المفهوم من خلال ما تفرضه من تعهدات على عاتق الدول المتعاقدة حيث نصت على إعطاء الدول المتعاقد لرعايا الدول المتعاقد معها معاملة لا تقل عن تلك التي تعطيها لرعاياها كما جاء ذلك في الاتفاق الجزائري الإيطالي الخاص بحماية وتشجيع الاستثمار من خلال نص المادة الثالثة التي جسدت هذا المفهوم بتأكيدها على" أن تمنح كل من الدولتين المتعاقدتين،على إقليمها للاستثمارات والمداخل التابعة لها التي تمت من قبل المواطنين والأشخاص المعنوية للدولة المتعاقدة الأخرى معاملة لا تقل امتيازا عن تلك التي تمنح للاستثمارات والمداخل المتعلقة بها التي يقوم بها مواطنيها أو أشخاصها المعنويين أنفسهم[3].

---

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمن.المركز القانوني للمستثمر الأجنبي في السودان.المرجع السابق ص93

[2] عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق .ص 83.

[3] انظر في ذلك الاتفاق الجزائري الإيطالي المبرم في 18 مايو 1991 المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم91/ 346 بتاريخ 3 اكتوبر 1991 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46

ويتـــبين من خلال النص السابق أن أية معاملة يحصل عليها المستثمر الأجنبي في إقليم الدولة المضـــيفة ولا تكـــون في مســـتوى المعاملة التي يتمتع بها المستثمر الوطني تعتبر معاملة جائرة وغير منصفة.

والجدير بالملاحظة أن ما ورد في النص السابق من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية يتماشى مع ما ورد في قـــانون ترقـــية الاســـتثمار الذي كان ينص على مبدأ المساواة في المعاملة بين المستثمرين الوطنيين والمستثمرين الأجانب ومن بعده قانون تطوير الاستثمار الذي اقر هو الآخر مبدأ المساواة في المعاملة[1].

والواقـــع أن إعمـــال المشرع الجزائري بمبدأ المساواة في المعاملة يعبر في حقيقة الأمر عن وعي وإدراك عمـــيق لـــروح الـــتعاون الـــذي يجب أن يسود العلاقات الدولية دون التمييز في ممارسة النشاطات الاقتصادية بين الوطنيين والأجانب،كما انه يعبر عن رغبة وتوجـــه الجزائر نحو اقتصاد السوق الذي يقوم بفتح المجال أمام الاستثمار الأجنبي دون قيد أو تمييز بينه وبين الاستثمار الوطني ويمثل هذا الموقف انفتاحا كبيرا على العالم الخارجي بالنسبة للمشرع الجزائري وتراجعا عن النظام الاقتصادي المسير إداريا .

غير أن الأخذ بقاعد المساواة بين الأجنبي والوطني في المعاملة لا تخلو من بعض المصاعب ،ذلك انه من الصعب تحديد مضمون المساواة في المعاملة،وكيف يكون الأمر إذا كانت الحقوق التي تقرها التشـــريعات الداخلـــية للـــدول والتي تبنى على أساسها فكرة المساواة ،اقل من الحقوق المقررة في القانون الدولي أو إذا كانت الحقوق المقررة في الدولتين متباينة في محتوى نطاقها فهل يحتكم الى ما تقـــرره القوانين الوطنية للبلدين المتعاقدين؟ أم على أساس ما تقرره قواعد القانون الدولي ؟ وكيف يكون الحال إذا كانت المعاملة الوطنية دون مستوى الحد المقرر دوليا هل في مثل هذه الحالة يؤخذ بمضمون قاعدة المعاملة الوطنية أم بمضمون ما تقره قواعد القانون الدولي العرفية؟

---

[1] تنص المادة 14 من الأمر رقم 01-03 الصادر في 20اوت 2001 المتضمن قانون تطوير الاستثمار الذي نص على أن يعـــامل الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الأجانب بمثل ما يعامل به الأشخاص الطبيعيون و المعنويون الجزائريون في مجال الحقوق والواجـــبات ذات الصلة بالاستثمارات.)ويقابل هذا النص نص المادة 38 من المرسوم التشريعي رقم93-12 .الملغى بأحكام القانون الجديد.

وقد أشرنا فيما سبق الى بعض الاتفاقيات التي أجابت عن هذه التساؤلات كما هو الحال عليه في الاتفـاق الجزائـري البلجيكي الذي نص على أن المعاملة التي يجب أن يتمتع بها المستثمر في البلدين في جميع الأحوال لا يجب أن تقل عما هو مقرر في القانون الدولي[1].

كما يذهب البعض في تفسيره لمدلول المساواة إن المراد بهذا المدلول لا يعني مساواة الأجانب بالوطنيين بقدر ما يعني مساواة الأجانب ببعضهم البعض، وهذه النتيجة قد ترفضها الدول المضيفة والـدول المصدرة لأنها قد تعطي للأجنبي مالا تعطيه للوطني وقد يكون العكس إذا ما كان تشريع الدولـة المضيفة سخي في معاملته تجاه رعاياه وأن العمل بقاعدة المساواة على النحو السابق يجردها مـن محـتواها الحقـيقي لان المساواة تعني مساواة الشخص بمن حوله وليست المساواة المجردة أو المطلقـة،أي أن المسـاواة يجب أن تقوم على أساس ما تقرره المعاملة الوطنية لان الغاية من هذه القـاعدة ،إخضـاع الاسـتثمارات الأجنبية والوطنية لتشريعات الدول المضيفة للاستثمار وليس العكـس.لذا انتقدت هذه القاعدة شانها في ذلك شان القواعد الأخرى التي أتينا على ذكرها فيما سـبق والـتي طرحـت كمؤشرات لتحديد قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة التي يرى فيها البعض التجسيد الفعلي لأسلوب المعاملة غير المشروطة.

الفـرع الثـاني

تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية

أمـام عجـز قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة في تحديد مضمون أسلوب المعاملة غير المشروطة وبقاء مضمونه دون تحديد،ذهب جانب من الفقه ألي القول بان قاعدة المعاملة العادلة لا تخرج عن كونهـا مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات الدولية وانه على الدول المتعاقدة أن تنفذ الـتزاماتها فـيما يتعلق بمعاملة المستثمرين المقيمين على إقليمها بحسن نية ويقتضي هذا التفسير من الأطراف المتعاقدة وجوب اتخاذ سلوك موضوعي في معاملتهم للاستثمار،بحيث لا يجوز لأي طرف كان اتخاذ إجراءات تحكمية ضد مصالح المستثمر الأجنبي خاصة وان الاتفاقيات الثنائية تجيز للدولة

---

[1] راجـع في ذلك الاتفاق الجزائري البلجيكي المبرم في 24 افريل1991 المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار .المرجع السابق.

التي يتم على أراضيها ممارسة النشاط الاستثماري اتخاذ بعض الإجراءات إذا دعت المصلحة العامة لذلك[1] .هذا الوضع يتطلب من الدول المتعاقدة تنفيذها لالتزاماتها بحسن نية دون تمييز.

وقد جاءت الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية المصادق عليها من قبل الجزائر عام 1995 مكرسة لهذا المعنى من خلال نص المادة التاسعة من الاتفاقية المذكورة ،بان نزع الملكية للنفع العام يجب أن يتم على أساس غير تمييزي ووفقا للأحكام القانونية المتعلقة بتنظيم نزع الملكية لأغراض النفع العام،مما يعني أن فكرة المصلحة العامة التي يستند عليها الطرف الذي يقوم بالاستيلاء على أموال رعايا الطرف الآخر مسألة نسبية يتم تحديدها وفق إرادة الطرف الذي يتم تنفيذ الاستثمار على إقليمه،فالدولة المضيفة هي وحدها صاحبة الحق في تقرير مصلحتها وحاجتها للأموال المنزوعة أو المستولى عليها.[2]وفي مثل هذه الأوضاع يكون مبدأ حسن النية المعيار الفعلي لتنفيذ الالتزامات العقدية،بل يمكن العمل بمبدأ حسن النية حتى في حالة عدم وجود نصوص عقدية لان هذا المبدأ لا يقوم على أساس الالتزامات التبادلية تصدر عن تلاقي إيرادات الأطراف المتعاقدة،بل يمكن أن يقوم الالتزام على أساس تعهد من جانب واحد صادر عن الإرادة المنفردة للطرف الملتزم به.

إن العمل بمبدأ حسن النية يمكن أن يقوم حتى في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بين الدولة المضيفة ودولة المستثمر متى تم قبول الاستثمار في الدولة التي ينفذ على إقليمها ووفقا لقوانينها ولأنظمتها السارية المفعول.

إن مبدأ حسن النية كمبدأ قانوني عرفته كافة الأنظمة القانونية وعملت بمقتضاه[3]،إلا أن تطبيقه يفترض فيه أن يتم ضمن نظام قانوني معين إذ لا يمكن تصور تطبيق مبدأ حسن النية كقاعدة مجردة عن أي نظام قانوني، بل لابد من العمل به كد قاعدة مكملة لما تم الاتفاق عليه بين الأطراف المتعاقدة أو لما تقرره الدولة المضيفة من خلال نظامها القانوني.لذلك فان هذا المبدأ لا يمكنه أن يكون مطابقا لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة،فهو يمثل قاعدة قانونية مستقلة عن القواعد الأخرى التي

---

[1]راجع في ذلك:الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1982 المصادق عليها من قبل الجزائر في 7اكتوبر1995 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 أكتوبر 1995 .ص7

[2]انظر في ذلك حسن عطي الله،سيادة الدول النامية على موارد الأرض.المرجع السابق،ص218.

[3]لقد نصت المادة 107 من القانون المدني الجزائري على انه (يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن نية)

تسترشد بها الدول في تطبيق تعهداتها،وهذا يقتضي احتفاظ مبدأ حسن النية بالاستقلالية ولو أدت هـــذه النتيجة إلى بقاء قاعدة المعاملة العادلة دون تحديد لعدم وجود مفهوم محدد يكفل عند تطبيقه مضمون قاعدة المعاملة العادلة.

أما إذا تم ربط مضمون قاعدة المعاملة العادلة بمبدأ حسن النية فان ذلك يؤدي الى تحقيق حماية للاستثمارات الأجنبية وحماية مصالح الدول المضيفة من تعسف الدول المصدرة ،لان الدول المتقدمة قـــد تسعى من خلال الاتفاقيات الثنائية التي تبرمها مع الدول المضيفة وما تتضمنه من قواعد عامة إلى إحـــلال ا رادتها بدعوى أن القواعد الواردة في تلك الاتفاقيات قد اقرها القانون الدولي مستغلة حاجة الدول المستوردة لراس المال[1].

لـــذا يمكـــن اعتـــبار معيار المعاملة العادلة والمنصفة معيارا مكملا للاتفاقيات ومفسرا لمقاصد نصوصها ويجب العمل به بصفة فردية عند كل حالة وعلى أساس المعطيات الموضوعية لكل اتفاق ويترتـــب على عدم تحديد مضمون معيار المعاملة العادلة والمنصفة لجوء الدول المتعاقدة إلى النص في الاتفاقـــيات عـــلى عبارات ومضامين أخرى بما يفيد تحديد هذا المبدأ من ذلك مثلا ما نصت عليه الاتفاقـــية الموحـــدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية حيث جاء في مادتها الرابعة بأنه يستهدى في استـــخـــلاص وتفسير هذه الاتفاقية بالمبادئ المشتركة في تشريعات الدول والمبادئ المعترف بها في القـــانون الدولي،وفي المادة السادسة نصت على معاملة راس المال العربي في الدولة التي يمارس فيها الاستثمار بالمعاملة التي يحظى بها ألأستثمار الوطني لتلك الدولة دون تمييز[2] .

كما تجدر الإشارة هنا إلى أن معيار المعاملة العادلة والمنصفة يختلف عن معيار إنكار العدالة لان هـــذا الأخير لا يتعلق في مدلوله ومحتواه بما تتضمنه القواعد القانونية الواجبة التطبيق بقدر ما يتعلق بحـــرمان المســـتثمر من إجراءات التقاضي وقد ذهبت دول أمريكا اللاتينية في تفسيرها لمبدأ إنكار العدالة بأنه كل إجراء يؤدي إلى حرمان الأجنبي من حق التقاضي .

أمـــا القضاء الدولي فقد حدد مفهوم إنكار العدالة في حرمان الأجنبي من إجراءات التقاضي كمـــا جاء ذلك في قضية جورج سالم بين مصر والولايات المتحدة،وفي قضية اللوتس بين فرنسا وتركـــيا بأن إنكار العدالة لا يتمثل في خطأ المحكمة في اختيار القاعدة الوطنية الواجبة التطبيق التي

---

[1] حسن عطية الله.سيادة الدول النامية.....المرجع السابق.ص211.

[2] انظر في ذلك الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية. المرجع السابق ص6

تـــتفق مع قواعد القانون الدولي...لاتهم القانون الدولي إلا في حالة إنكار العدالة"[1] ويعني ذلك أن إنكـــار العدالة يقصد به حرمان المستثمر من حق التقاضي و مما يتعرض له من تمييز أو تحيز القاضي في تغليـــب المصلحة الوطنية عن المصلحة الأجنبية فيعد ذلك إنكارا للعدالة كما يعتبر بمثابة إهدار لمبدأ المعاملة العادلة والمنصفة.

إن التوسع في مضمون قاعدة المعاملة العادلة كصورة لأسلوب المعاملة غير المشروطة يؤدي إلى بروز خلافات فيما بين الدول ا لمتعاقدة،لذا يكون من الأفضل الأخذ بمعايير أخرى مكملة تسمح بتقييد وتحديد نطاق قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة ومن خلالها أسلوب المعاملة غير المشروطة وهو ما سندرسه في المطلب الموالي تحت عنوان أسلوب المعاملة المشروطة.

المطلـــب الثـــاني

أسلوب المعاملـــة المشروطـــة

يقصـــــد بأسلوب المعاملة المشروطة،السلوك الذي تقرره الاتفاقية في معاملة المستثمر،من خلال الإحالـــة عـــلى قواعـــد غير القواعد الواردة فيها،كإحالتها على معاملة المستثمر الأجنبي بما تقره التشـــريعات الداخلية للدول المتعاقدة والعمل بقاعدة المعاملة الوطنية أو الإحالة على أحكام اتفاقية مبرمة مع دولة ثالثة كما هو الحال في شرط الدولة الأولى بالرعاية،لذا يعرف هذا الأسلوب بالمعاملة المشروطة،لقيامه على شرط الإسناد لقواعد قانونية أخرى غير القواعد الواردة في الاتفاقية .

وتعتبر قاعدتا التشبيه بالمعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية من أهم القواعد المتبعة في هذا الأسلوب لذلك سوف نأتي على دراستهما بنوع من التفصيل والتحليل.

---

[1] يتمـــثل مـــبدأ انكار العدالة في حرمان الأجانب من إجراءات التقاضي ،وقد جاء في حكم محكمة العدل الدائمة عام1927 المـــتعلق بقضية اللوتس بين فرنسا و تركيا"أن خطأ المحكمة في اختيار القاعدة الوطنية الواجبة التطبيق والتي تتفق مع قواعد القانون الـــدولي... لاتهـــم القـــانون الدولي إلا في حالة إنكار العدالة"وتأكد هذا الموقف من جديد في حكم محكمة التحكيم بين مصر والولايات المتحدة عام 1923 بشان النزاع المتعلق بجورج سالم وقد جاء في الحكم "انه من الضروري الاعتراف بصحة الأحكام الـــتي تصـــدرها المحـــاكم الوطنية في حدود اختصاصها مادام لم يحصل إنكار للعدالة والقانون الدولي)انظر في ذلك:محمد حافظ غانم.المسؤولية الدولية.المرجع السابق ،ص105-106.

الفـــرع الأول

قاعدة المعـــاملة الـــوطنية(traitement national)

اخـــتلف الفقه في تحديد مصدر نشأة هذه القاعدة ،هناك من ينسب اصل نشأتها إلى رحاب المذهب الفردي الذي يقوم على مبدأ حرية انتقال الأشخاص والأموال والسلع للكافة دون التفرقة بـــين الأجانب والوطنين وذلك قصد تشجيع المبادلات التجارية ورؤوس الأموال فتعمد الدول إلى الـــنص في تشـــريعاتها الداخلية على المعاملة الوطنية للأجانب[1]بينما يرجع البعض الآخر نشأة هذه القـــاعدة إلى الفقيه الأرجنتيني **كالفو** باعتباره أول من نادى بفكرة مساواة الأجانب في معاملتهم بالوطنيين،وذلك كتعبير عن موقف دول أمريكا اللاتينية الرافض لقاعدة الحد الأدنى المعمول بها في القانون الدولي التقليدي التي تتمسك بها الدول المصدرة لرؤوس الأموال،كأساس للمسؤولية الدولية عن الأضرار التي تصيب الرعايا الأجانب في الدول المضيفة[2].

أمـــا الرأي الثالث فيذهب إلى أن مصدر نشأة هذه القاعدة يرجع إلى القانون الدولي التقليدي مستشهدا في ذلك بالتطبيقات الدولية لهذه القاعدة من خلال أحكام المحاكم الدولية[3].

إن الخلاف لم يقتصر على مصدر نشأة القاعدة بينما امتد ليشمل مضمونها،لان العمل بقاعدة المعاملـــة الوطنـــية يقتضي أن تكون المعاملة الوطنية تساوي أو تجاوز الحد الأدنى المقرر في القانون الدولي،لذلـــك يرى الفقه أن العمل بقاعدة تشبيه الأجانب بالوطنيين،أو ما يعرف بقاعدة المعاملة الوطنـــية يقتضـــي تحديد نطاق مضمون القاعدة لأنه من غير المعقول التسليم بان نية واضعي هذه القـــاعدة قـــد انصرفت إلى تمكين الأجانب من التمتع بالحقوق،العامة والحقوق السياسية التي تعتبر حقوقـــا حكـــرية وخالصة للوطنين لان هذه الحقوق لا تتفق بطبيعتها مع صفة الأجنبي لارتباطها بفكرة ولاء الشخص للدولة التي ينتسب إليها لذا يصعب التسليم بإقرار مثل هذه الحقوق للأجانب[4]،وتفاديا لكل لبس أو غموض حول محتوى هذه القاعدة تلجأ الدول إلى تحديد مجالات العمل بها

---

[1]هشام خالد،الحماية القانونية للاستثمارات العربية.المرجع السابق ص 73.

[2]عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق.ص9-12

[3]علي حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة.المرجع السابق ص102)

[4]هشام علي صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق ص203.

من خلال الاتفاقيات الدولية،لذلك فان قاعدة المعاملة الوطنية وجدت طريقها في اتفاقيات الصداقة وفي اتفاقـيات حمايـة وتشـجيع الاستثمار وسوف نقتصر على دراسة أمثلة لهذه القاعدة ضمن اتفاقـيات حماية وتشجيع الاستثمارات لمالها من علاقة وارتباط بموضوع بحثنا وتنفيذا لما يجري عليه العمل الدولي.

والجدير بالملاحظة أن الجزائر قد درجت على العمل بهذه الاتفاقيات في مطلع التسعينات كما يتضـح ذلـك مـن خـلال مجمـل الاتفاقـيات الـتي أبرمـتها في تلـك الفترة مع كل من فرنسـا،إيطاليا،بلجيكا،والاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية،واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاسـتثمار وغيرها وقد تضمنت هذه الاتفاقيات مبدأ المعاملة الوطنية .فالاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسـا المـتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار نص في المادة الرابعة منه بان" يطبق كل طرف متعاقد عـلى إقليمه في صالح مواطني وشركات الطرف الآخر فيما يخص استثمارهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاستثمارات،المعاملة الممنوحة لمواطنيه وشركاته.. على أن هذه المعاملة لا تمتد إلى الامتيازات الـتي يمنحها الطرف المتعاقد لمواطني وشركات دولة ثالثة بموجب مشاركتها أو مساهمتها في منطقة للتـبادل الحـرفي انـتماء جمـركي أو في سوق مشتركة أو في أي شكل اخرمن أشكال التنظيم الاقتصـادي الجهوي وهو نفس الموقف بالنسبة للاتفاق المبرم مع إيطاليا والاتفاقية الموحدة لرؤوس الأموال العربية[1].

ومـا يلاحظ على الاتفاقيات المذكورة أنها،وان كانت قد أخذت بقاعدة المعاملة الوطنية أو المسـاواة في المعاملـة إلا أنها لم تأخذ بها على سبيل الإطلاق ،بل اقتصر تطبيقها على الموضوعات الـواردة في الاتفاقية وفي حدود الحقوق والمزايا الممنوحة للاستثمار الأجنبي من خلال ما يتمتع به الاسـتثمار الوطني،بـيد أن هـذه الاتفاقـيات لم تكتف بالتقيد بالموضوعات الخاصة بالاستثمار فحسب،إنما استبعدت من مجال تطبيقها المعاملة التي يتمتع بها مواطنو الدولة المضيفة بحكم انتمائهم لاتحـاد جمـركي أو اقتصادي أو سوق مشتركة أو أي تنظيم جهوي بل وقد يصل حد التقيد إلى

---

[1] انصـت المادة الثالثة من الاتفاقية الجزائرية الإيطالية المبرمة في 18 ماي 1991 بان تمنح كل من الدولتين المتعاقدتين معاملة لا تقـل امتيازا عن تلك التي تمنح لاستثمارات مواطنيها أو شركاتها.كما تضمنت المادة السادسة من الاتفاقية العربية الموحدة لرؤوس الأموال العربية التي صادقت عليه الجزائر في 17 أكتوبر 1995.

اســتبعاد الأجانب من مزاولة بعض الأنشطة الاقتصادية مع قصرها على المستثمرين الوطنين دون ســـواهم إذا رأت الدولـــة ضرورة الاحتفاظ بقطاعات معينة لرعاياها لضرورات أمنية أو لحيويتها بالنســـبة للاقتصاد الوطني وقد عملت الجزائر بهذا المبدأ لفترة طويلة بمقتضى قانون الاستثمار لعام 1966 حيث ميزت بين القطاعات الحيوية والقطاعات غير الحيوية التي يجوز للأجانب الاستثمار فـــيها[1].كما عملت بعض الاتفاقيات الدولية بهذا التمييز أيضا،والغاية من ذلك ليس التمييز في حد ذاته إنما قد ترى الدولة ضرورة الاحتفاظ بقطاعات معينة لمستثمريها دون سواهم من ذلك مثلا ما نـــص علـــيه الاتفاق المبرم عام 1982 بين الولايات المتحدة الأمريكية ومصر حيث جاء في المـــادة الثانـــية فقرة 3 (يحتفظ كل من الطرفين المتعاقدين بحقه في جعل أو تحديد قطاعات معينة مستثناة من قاعدة المعاملة الوطنية بالنسبة للأنشطة والاستثمارات المرتبطة بها).

ومن الطبيعي أن يتخذ المستثمر الوطني المركز اللائق به بوصفه العضو الدائم في مجتمعه وللدولة وحدها سلطة تقرير هذا المركز لان من يملك الكل يملك الجزء .

إن مضمون ونطاق قاعدة المعاملة الوطنية يتحدد من خلال ما تقرره التشريعات الداخلية لكل دولـــة وان دور الاتفاقية لا يعدو أن يكون سوى مجرد دور إسناد،كما هو الحال في قواعد الإسناد المعهـــودة في القـــانون الدولي الخاص وان جميع الامتيازات والحقوق والالتزامات الممنوحة والمحددة للاستثمار إنما تجد أساسها في السلطة التقديرية للدولة المضيفة .

أمـــا مـــا تنص عليه الاتفاقية من تعهد الأطراف المتعاقدة على معاملة مواطني كل طرف تجاه الطرف الآخر بما هو وارد في التشريعات الداخلية لكل منهما ،فان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى اعتـــبار الحقـــوق والامتيازات المقررة بمقتضى قاعدة المعاملة الوطنية لا ينبغي أن يقتصر مجال تطبيقها على ما تحدده التشريعات الداخلة للدولة المضيفة وقت إبرام الاتفاقية بل يجب أن يمتد نطاق العمل بهذه القاعدة إلى النصوص التشريعية اللاحقة عن إبرام الاتفاقية مع مراعاة الحالة التي يتضمن فيها التشريع اللاحق على امتيازات وحقوق إضافية لم يتوقعها واضعو الاتفاقية أثناء إبرامهم لها ،و

---

[1] لقد ورد في نص المادة الثانية من قانون الاستثمار لعام 1966 الصادر بمقتضى الأمر 66-284 بان:المبادرة الخاصة بتحقيق مشـــاريع الاستثمار في القطاعات الحيوية للاقتصاد الوطني تعود للدولة وللهيئات التابعة لها…..وستحدد بمرسوم القطاعات المعتبرة كحيوية في مفهوم هذا القانون.

يميل العمل القضائي وكذا الرأي الراجح في الفقه الى الأخذ بمبدأ تقييد نطاق المعاملة الوطنية وقصر الحقــوق والامتيازات الواردة في التشريع اللاحق على الوطنيين دون الأجانب وان القول بخلاف ذلك يترتب عنه الإخلال بمبدأ التضامن الاجتماعي الوطني[1].

والحالة الثانية عندما يقوم التشريع اللاحق للاتفاقية بالإنقاص من الحقوق والامتيازات الممنوحة للاســتثمارات الوطنــية الأمــر الذي يؤدي حتما الى الإنقاص من الحقوق والامتيازات الممنوحة للاســتثمارات الأجنبية مادامت مبنية على أساس قاعدة المعاملة الوطنية ما لم ينص في الاتفاق على غــير ذلك ،مما قد يؤدي الى تذبذب وعدم استقرار مضمون ونطاق قاعدة المعاملة الوطنية،مما يجعل الحقــوق والامتــيازات الممــنوحة للاستثمارات الأجنبية تقع تحت رحمة الدولة المضيفة وهنا ثار التساؤل حول مدى حرية الدولة المضيفة في توسيعها لنطاق المعاملة أو تقييده.

وفي هــذا الســياق تجدر الإشارة الى أن الفقه منقسم بشان هذه المسالة،إذ يرى البعض أن الحقــوق المقررة للأجانب بمقتضى قواعد القانون الدولي لا يمكن لها أن تزيد عن حقوق الوطنيين لان الأجــنبي ليس من حقه أن يطمح في أن يلقى بالدولة المضيفة معاملة افضل عن معاملة مواطني تلــك الدولة،وان مصدر تحديد مقدار تلك الحقوق يتحدد من خلال مقدار الحقوق التي يتمتع بها الوطــني وقــد أقــرت لجنة الخبراء المنبثقة عن عصبة الأمم الخاصة بتقنين القانون الدولي عام 1926 هذا الموقف مثلما جاء ذلك في تقرير:**جوريرو** الذي ذكر بان المجتمع الدولي لا يمكنه أن يقرر للأجانب حقوقا تزيد عن حقوق الوطنيين[2].

بينما يذهب أصحاب الرأي الثاني الى القول بضرورة التمييز بين مركز الأجنبي ومركز الوطني لان مركــز كــل منهما يتحدد وفق نظام قانوني معين،ذلك أن تحديد مركز الوطني يدخل ضمن الاختصاصــات الداخلية المطلقة للدولة في تنظيمها لعلاقتها برعاياها وممتلكاتهم،بحيث تستطيع أن تنقص من الحماية والمعاملة الممنوحة لهم دون المستوى المقرر في القانون الدولي ودون أن يعتبر ذلك

[1] هشــام عــلى صــادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق ص209 . هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية.المرجع السابق.ص93

[2] هشام على صادق.المرجع السابق ص 209 .انظر في ذلك:محمد حافظ غانم.المسؤولية الدولية..المرجع السابق. ص 73

خرقا لقواعد القانون الدولي،لان الحقوق التي يتمتع بها الوطني تدخل ضمن الاختصاصات المطلقة لدولته.

أما مركز الأجنبي ونطاق حقوقه فان تحديدهما يقتضي مراعاة صفته كأجنبي وما يتطلبه القانون الدولي حتى وان تم تشبيهه بالوطني لان تشبيهه لا يفقده صفته كأجنبي ولا يمكن اعتباره كطرف وطني.لذ يقول أصحاب هذا الرأي انه من الخطأ الربط بين الحقوق التي يتمتع بها الأجنبي والحقوق التي يتمتع بها الوطني لان الربط بينهما لا يتفق مع طبيعة مركزهما،فإذا رأت الدولة أن تتجاهل قواعد الحد الأدنى في معاملتها لرعاياها فلها ذلك لان القانون الدولي لا يقيد سلطتها ، أما فيما يخص الأجانب فتظل الدولة المضيفة ملزمة باحترامها للحد الأدنى المقرر دوليا حتى ولو أدى ذلك الى منح الأجانب معاملة افضل من تلك التي يتمتع بها رعاياها مادامت اقل من الحد الأدنى المقرر دوليا.

إن ما يحصل عليه الأجنبي من امتياز ليس القصد منه تمييزه عن الوطني بقدر ما يكون الهدف منه الوصول بالوطني الى الحد المقرر في القانون الدولي العرفي[1]. ولن يتأتى ذلك إلا عن طريق قيام الدول المصدرة لرؤوس الأموال بعزل نظام الدولة التي لا تعترف بالحد الأدنى من المعاملة المقررة دوليا،مما يجبرها على تعديل تشريعاتها ورفعها لمستوى المعاملة .وقد أيدت محكمة العدل الدولية الدائمة في قضية المصالح الألمانية في سيليزيا العليا هذا الموقف حينما صرحت بأنه" لا يجوز للدولة أن تفرض على الرعايا الأجانب المقيمين على إقليمها معاملة لا يقرها القانون الدولي[2].

وأمام تباين المواقف بشان مضمون المعاملة الوطنية،فقد تعرضت هذه القاعدة الى انتقادات من بينها:

إن مضمون القاعدة يخضع أساسا للإرادة المنفردة للدولة المضيفة لان الاتفاقيات التي تتضمن شرط المعاملة الوطنية لا تتضمن قواعد محدودة تطبيق على المستثمرين،مادامت قد إحالتهم على القوانين الوطنية للدولة المضيفة و هذا الوضع يجرد الاتفاقيات الدولية من كل حماية،مما يجعل المعاملة الممنوحة للمستثمر الأجنبي غير مستقرة وخاضعة لرحمة الدولة المضيفة ولظروفها ،كما يجعل نطاق

---

[1] يمثل هذا الرأي موقف الفقه الغربي .نظر محمد حافظ غانم.المسؤولية الدولية .المرجع السابق ص74

[2] حسن علي ملحم. دور المعاهدات الدولية.......... المرجع السابق ص106

المعاملـــة في الـــزيادة والنقصان وفقا لا رادة المشرع الوطني وفي ذلك اعتداء على كيان المجتمعات الأخرى التي ينتمي إليها الأجنبي لان الاعتداء عليه كالاعتداء على أمته.

كما أن العمل بشرط المعاملة الوطنية يفترض فيه وجوب قيام رابطة الجنسية واستمرارها فيما يـــتعلق بـــرعايا الدول المتعاقدة،فالاتفاقيات الثنائية لا تحمي،إلا رعايا الدول المتعاقدة مما يعني ذلك استبعاد عديمي الجنسية واللاجئين من نطاقها[1].

إن العمـــل بقاعدة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين على أساس المزايا الممنوحة من خلال التشريعات الوطنية قد يلحق الغبن بالأجانب فيما إذا كانت الحقوق الممنوحة لمواطني الدولة المضيفة اقل بكثير من الحقوق التي تمنحها دولة المستثمر لمواطنيها أو لرعايا الدولة الأولى بالرعاية.[2]

لذلك فان قاعدة المعاملة الوطنية يفترض تطابقها في نطاق الحقوق والمزايا التي يقررها التشريع الداخـــلي للـــدول المتعاقدة إذا كانت تشريعات هذه الدول متقاربة أو على الأقل أن يكون هناك تكافؤ فيما بين الدول المتعاقدة وفي مركز المستثمرين بها.

لكـــنه وفي ظل غياب التكافؤ بين الدول المصدرة والمستوردة تلجأ الأطراف المتعاقدة إلى ربط قاعدة المساواة في المعاملة الوطنية بمبدأ التبادل أو ما يعرف بالمعاملة بالمثل،ذلك أن العمل بهذا المبدأ يحقق معاملة ميدانية لمستثمري الدول المتعاقدة لان كل طرف ملزم بمنح رعايا الطرف الأخر مقدار مـــن المعاملـــة لا يقل في حجمه عما يتلقاه رعاياه لدى الطرف الأخر.وبهذه الكيفية يخرج نطاق المعاملـــة الوطنـــية مـــن دائـــرة الإرادة المنفردة للدولة إلى دائرة التعامل المشترك لمجموع الدول المتعاقدة،وان فكرة المساواة في المعاملة يمكن قياسها مقارنة بما يتلقاه رعايا كل طرف لدى الطرف الأخـــر وفي مـــثل هذه الأحوال،ويكون الطرف الأدنى معاملة مجبر على رفع مستوى المعاملة إلى المســـتوى المطلـــوب دولـــيا،لان الطرفين مجبران على التعامل بالمثل ولا يعقل أن تسعى الدولتان المتعاقدتان الى إنزال مستوى المعاملة بالمثل دون مستوى الحد الأدنى دوليا .

كمـــا قـــد يـــؤدي شرط تشبيه الأجانب بالوطنيين من خلال فكرة المعاملة بالمثل الى تعهد الأطراف المتعاقدة بمنح رعايا كل طرف معاملة تطابق أو تماثل ما تعهد به الطرف الأخر مما يسمح

---

[1]هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية.المرجع السابق ص93-94

[2]هشام على صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي. المرجع السابق ص 247.

بخلـــق تـــوازن في الالـــتزامات فيما بين الأطراف المتعاقدة و هذه النظرة تتماشى مع مبدأ تكافؤ السيدات ومبدأ المساواة فيما بين الدول في مجال القانون الدولي .

وفي مجال القانون الداخلي فان الدول لها كامل الحرية في تنظيم مركز الأشخاص الأجنبية على إقليمها مادامت لم تترل بمستوى هذا التنظيم دون الحد الأدنى المقر رفي القانون الدولي العرفي،أما ما يجاوز ذلك الحد فان القانون الدولي لا يعرف قيودا في ذلك[1].

ورغم الانتقادات الموجهة لقاعدة المساواة في المعاملة فان أغلبية الدول النامية تصر على العمل بها كتعبير عن رغبتها الملحة في إيقاف نظام الامتيازات الذي ساد خلال مرحلة الاستعمار.

وقـــد جـــاء موقف الدول النامية بشان قاعدة المساواة في المعاملة بين الأجانب والوطنيين في اقـــتراح الصـــين أثناء انعقاد مؤتمر لاهاي الخاص بتقنين القانون الدولي وقد جاء في الاقتراح" أن الدولة غير مسؤولية عن معاملة الأجانب مادامت قد سوت في المعاملة بينهم وبين مواطنيها".[2]

غـــير أن الاقـــتراح لقي معارضة شديدة ورفض من أغلبية الدول الغربية بينما أيد ته الدول النامية مما يعني أن قاعدة المعاملة الوطنية تعبر عن رغبة وموقف الدول النامية كموقف سياسي

الفـــرع الثـــاني

قاعدة شرط الدولة الأولى بالرعاية

هـــناك مـــن يرجع نشأة هذا الشرط إلى فترة القرون الوسطى حيث كان يدرج الشرط في الاتفاقيات التجارية التي كانت تبرم بين المدن الإيطالية، كما عمل به أيضا أمراء العرب في العقود الـــتي كانوا يبرمونها مع الأوروبيين.[3]لكن انتشار الشرط ارتبط بشكل خاص في تطوره بالاتفاقيات الدولـــية المـــتعلقة بالتعاون الاقتصادي والتجاري،ثم انتقل بعد ذلك إلى اتفاقيات حماية وتشجيع الاستثمار،ويتمثل مضمونه في" تمكين رعايا الدولة المستفيدة من الحصول على افضل معاملة تقررها

---

[1] لقد اتخذ مبدأ المعاملة بالمثل صورا عديدة من بينها تبادل الحق بالحق،التبادل على أساس التعادل في الحقوق حتى ولو لم تكن من طبيعة واحدة،التبادل على أساس التعداد ،كان يتضمن الاتفاق مجموعة معينة من الحقوق والالتزامات يتعين فيه على جميع الأطراف عالها.انظر في ذلك:هشام على صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق ص241-246.

[2] محمد حافظ غانم .المسؤولية الدولية.المرجع السابق ص75.

[3] هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية.المرجع السابق ص77.

الدولـــة الملتزمة بالشرط لرعايا دولة ثالثة[1]. ومعناه أن التزام دولة متعاقدة في مواجهة دولة أخرى مـــتعاقد معهـــا بمقتضى الاتفاق المبرم بينهما،يقتضي بان تطبق الدولة الملتزمة على الدولة المستفيدة كافة الامتيازات والتسهيلات التي تعطيها لدولة أو دول أخرى سواء تلك التي أعطتها في اتفاقيات سابقة أو في المستقبل،والعمل بهذا الشرط يفترض وجود ثلاثة أطراف وهي الدولة الملتزمة بالشرط ولـــنفرض أنها (أ) والدولة المستفيدة منه وهي(ج) ودولة خارجة عن الاتفاقية وهي الدولة ألا كثر رعاية التي يستفيد رعاياها بأفضل معاملة يلقاها رعايا دولة أجنبية لدى الدولة الملتزمة بهذا الشرط وهي(ب).

ولاشك أن أطراف الاتفاقية المعنية هما(أ،ج)أما الدولة(ب)فلا تعد طرفا في الاتفاقية،لكنها تمثل مصـــدر الإحالـــة عـــند قـــياس الالـــتزامات الـــتي تعطيها الدولة(أ)لان التزامات الدولة(ا)تجاه الدولـــة(ج)تتحدد على ضوء المعاملة التي تعطيها(ا)لرعايا الدولة (ب)،وبذلك فان الحقوق والمزايا الـــتي تحصـــل عليها الدولة المستفيدة ترتبط من حيث نطاق وجودها بالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالـــرعاية وإذا انقضـــى هذا الحق انقضى معه الحق الذي تم منحه للدولة المستفيدة وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في النزاع الذي ثار بين الولايات المتحدة وفرنسا عام 1952 بشان المحاكم القنصلية المراكشية حيث جاء في الحكم المذكور(إن الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية لا تتمتع بالحقوق والمزايا المقررة في المعاهدة المبرمة بين الدول الملتزمة بشرط الدولة الأولى بالرعاية ألا في حدود ما تتمتع به هذه الأخيرة من حقوق ومزايا،وبالتالي فان لإلغاء الحقوق والمزايا المقررة للدولة الأكثر رعاية أو الإنقاص منها أثره على الدولة المستفيدة من الشرط)[2].

وحســـب الحكم السالف الذكر فان الحقوق والمزايا التي تحصل عليها الدولة المستفيدة مرتبطة بـــالحقوق التي تتمتع بها الدولة الأولى بالرعاية،وان أي زيادة ونقصان في حجم الحقوق الممنوحة للاســـتثمارات ولمواطـــني الدولة الأولى بالرعاية تنعكس إيجابا أو سلبا على حجم ومقدار الحقوق والتســـهيلات الـــتي يتمتع بها مواطنو الدولة المستفيدة،وقد كرست الاتفاقيات الدولية هذا المفهوم

---

[1] انظـــر في ذلك:عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية،المرجع السابق ص 10.وأيضا هشام علي صادق. نفس المرجع السابق،ص214.

[2] علي حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية في حماية ...... المرجع السابق ص109.

أيضـــا لشـــرط الدولة الأولى بالرعاية كما جاء ذلك في نص المادة العاشرة من الاتفاق المبرم بين الجزائـــر وبلجيكا المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمار ت(يستفيد مستثمرو كل الأطراف المـــتعاقدة بالنسبة لكل المسائل المتعلقة بمعاملة الاستثمارات القائمة على إقليم الطرف الآخر بمعاملة الدولة الأكثر رعاية)كما نصت المادة الرابعة من الاتفاقية الجزائرية الفرنسية المتعلقة بحماية وتشجيع الاستثمار المتبادل فيما بين الأطراف المتعاقدة على أن(يطبق كل طرف متعاقد على إقليمه ومنطقته الـــبحرية في صالح مواطني وشركات الطرف الأخر.فيما يخص استثماراتهم ونشاطاتهم المرتبطة بهذه الاســـتثمارات،المعاملة الممـــنوحة لمواطنيه وشركاته أو المعاملة الممنوحة لمواطني وشركات الدولة الأكثر رعاية إذا كانت هذه المعاملة اكثر امتيازا)[1] ويفيد هذا النص منح الدولة المستفيدة من شرط الدولة الأولى بالرعاية افضل معاملة بما في ذلك المعاملة الوطنية،ألا أن المعاملة لا تمتد إلى المعاملات التفضـــيلية الـــتي تمـــنحها الدولـــة الملـــتزمة لاســـتثمارات دولة ما في إطار تنظيمات اقتصادية وإقليمـــية،كالاتحادات الجمركية أو الأسواق المشتركة أو مناطق التبادل الحر كما نصت على ذلك الفقـــرة الأخيرة من المادة الرابعة للاتفاق الجزائري الفرنسي إذ جاء فيه(على أن هذه المعاملة لا تمتد إلى الامتـــيازات الـــتي يمنحها الطرف المتعاقد لمواطني أو شركات دولة ثالثة،بموجب مشاركتها أو مســـاهمتها في منطقة للتبادل الحر،في اتحاد جمركي وفي سوق مشتركة أوفي أي شكل من أشكال التنظـــيم الاقتصـــادي الجهوي)وقد تضمنت معظم الاتفاقيات التي أبرمتها الدول المصدرة لرؤوس الأمـــوال مـــع الـــدول النامية على هذا الاستثناء حتى لا يمتد اثر شرط الدولة الأولى بالرعاية إلى الامتـــيازات والتســـهيلات التي تمنحها الدول الأوروبية لبعضها البعض بحكم عضويته في الاتحاد الأوروبي وفي تنظيماتها الإقليمية والجمركية الخاصة[2].

[1] انظـــر في ذلـــك الاتفاق المبرم بين الجمهورية الجزائرية والاتحاد الاقتصادي البلجيكي،الموقع بالجزائر في 24 أبريل 1991 .المرجع السابق ، وكذلك الاتفاق المبرم بين الجزائر وفرنسا والموقع عليه بالجزائر في 13 فبراير . المرجع السابق.

[2] مـــن بين الاتفاقيات التي تضمنت هذا الاستثناء الاتفاقية المبرمة في 18 ماي 1991 بين الجزائر وإيطاليا في المادة الثالثة فقرة أخـــيرة.وكذلك ما نصت علية المادة الرابعة من الاتفاقية المبرمة بين سوريا وفرنسا عام 1977.والتي جاء فيها:أن نظام الدولة الأكـــثر رعايـــة ألوا ردفي المادتين(4 ، 3) من الاتفاق الحالي لا يشمل الامتيازات التي يمنحها أحد الطرفين المتعاقدين لمواطني أو شـــركات دولـــة ثالثة بموجب مساهمته أو اشتراكه في وحدة جمركية أو سوق مشتركة أو منطقة تبادل حر أو أي تجمع اقتصادي إقليمي مماثل.

لذلــك انــتقد شــرط الدولــة الأولى بالرعاية لما يتضمنه من تقييد وتوسيع لنطاق الحقوق والامتيازات الممنوحة للدولة الغير مادامت الدولة الملتزمة بإمكانها أن تشترط قصر بعض الامتيازات والحقــوق على الدول التي تربطها بها علاقات خاصة دون سواها[1] مما يضيق من نطاق شرط الدولة الأولى بالرعاية.

المبحــث الثــالــث

الحماية الدولية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي

لقــد اتخــذت الحمايــة الاتفاقية المتعددة الأطراف أشكالا وتنظيمات مختلفة ،تبعا لامتدادها الجغــرافي وطبــيعة نظامها وشكلها القانوني،وعلى أسا س ما تقدم يمكن تصنيف اتفاقيات الحماية المتعددة الأطراف من حيث نطاقها وامتدادها الإقليمي إلى اتفاقيات عالمية، واتفاقيات إقليمية، ومن حيــث نطاق وطبيعة موضوعها فقد تكون تنظيمية أو عقدية أما من حيث شكلها فقد تصدر في شــكل معــاهدة أو في شــكل ميثاق أوفي شكل تقنين دولي،وما يهمنا في دراستنا لهذا الموضوع الاتفاقــيات المتعلقة بتنظيم وحماية الاستثمار،أي التصنيف الذي يقوم على أساس موضوع الاتفاقية وطبيعتها.

المطلــب الأول

المحاولات الدولية لتقنين القواعد المنظمة للاستثمار الأجنبي

لقــد بينا فيما سبق كيف أن الدول استطاعت أن تتوصل فيما بينها إلى عقد اتفاقيات ثنائية لتشجيع وحماية الاستثمار،أما على الصعيد الدولي المتعدد الأطراف فان الأمر مختلف،ويبدو انه غير مشــجع،كما يظهــر ذلك بوضوح ودون نقاش ،من مختلف المحاولات المبذولة والرامية الى إيجاد قواعــد دولية موحدة في مجال تنظيم الاستثمار المباشر على الصعيد العالمي وهذا ما سنوضحه من خلال بعض المحاولات الدولية.

---

[1] هشام خالد.الحماية القانونية للاستثمارات العربية.المرجع السابق.ص101 .

الفـــرع الأول

مشروع إنشاء تقنين عالمي للاستثمارات.

تعود فكرة صياغة تقنين متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية إلى بداية الثلاثينيات ،بعد الأزمة التي عرفها الاقتصاد العالمي،مما دفع بعصبة الأمم عام 1929 الى تبني الفكـــرة ،وقـــد تمحـــور موضوعها حينه احول إنشاء ميثاق متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة يكون بمثابـــة نمط للسلوك.[1] غير أن المحاولة لم تنجح بسبب كثرة التحفظات التي أبداها أعضاء المنظمة ومنذ ذلـك التاريخ والمجتمع الدولي يسعى جاهدا لإيجاد تنظيم دولي متعدد الأطراف للاستثمار الأجنبي،وقد تركـز الاهتمام حول اقتراحين هما: إبرام معاهدة دولية متعددة الاطراف، او انشـــاء ميثـــاق دولي لحمايـــة الاستثمار الأجنبي ورجعت الغلبة إلى الفكرة القاضية بإنشاء ميثاق وتجسدت المحاولة عندهـــا فيمـــا عرف بميثاق هافانا عام 1948 [2]

لقد عالج مشروع الميثاق (المعروف باسم ميثاق هافانا)في المادة 12 منه ،موضـــوع الاســـتثمارات الدولية والتنمية الاقتصادية إلا أن الفقرة ج من المادة الثانية عشر شكلت موضوع خـــلاف كبـــير ومعارضة شديدة من قبل الدول الغربية لان الفقرة المذكورة تعطي للدول الأعضاء حق الاحتماء مـــن التدخلات في شؤونها الداخلية التي قد تنجر عن الاستثمار الأجنبي وكذلك ما تمنحه مـــن تفويـــض للدول في منح أو رفض الترخيص للاستثمار الأجنبي المتواجد على أراضيها.[3]

---

[1]انظر:عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق ص147

[2]انعقد مؤتمر الأمم المتحدة حول التجارة والعمل في هافانا ودامت أعماله الى غاية 24 مارس 1948 وحضرته 56 دولة وقعت عليـــه بعض الدول و لم يدخل الميثاق حيز التنفيذ لانه يشترط مصادقة 27 دولة بينما لم تصادق عليه ســـوى دولتـــان.عـــاطف إبراهيـــم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص129 و130

[3]المادة 12ف.ج (تعترف البلدان الأعضاء لكل دولة عضو الحق وبدون المساس بالاتفاقيات الدولية القائمة التي تكون فيـــها الدولـــة عضوا.

-اتخاذ جميع الإجراءات الملائمة للحماية الضرورية ولضمان عدم تحول الاستثمارات الأجنبية إلى قاعدة للتدخل في الشؤون الداخليـــة وفي السياسة الوطنية.

-القيام بتحديد ما إذا كانت سترخص مستقبلا للاستثمارات الأجنبية،وتحديد إجراءات وشروط هذا الترخيص.

-اتخاذ وتطبيق شروط عادلة فيما يتعلق بملكية الاستثمارات القائمة والجديدة.انظر في ذلك

MOHAMED BOUHACIN * L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS.o.p c t. p94

الأمـــر الذي أدى إلى تعرض النص السابق إلى الرفض من قبل الدوائر الخاصـــة لرجال الأعمال الذين كانوا يرون فيه انه قيد كبير على الاستثمار.

كما تضمن الميثاق مبادئ أخرى من بينها،مبدأ الدولة الأولى بالرعاية الذي يعتبر من بين أهم المـــبادئ الـــتي جـــاء بها ميثاق هافانا ،فنصت المادة 16 منه بان"كل المزايا والمنافع والامتيازات والحمايـــة الـــتي تعطى بواسطة دولة عضو لمنتج اصلي أو قادم من أي دولة أخرى تمتد دون شرط لمنـــتج قادم من أي دولة من الدول الأعضاء".غيران عدم التصديق على هذا الميثاق ورفضه من قبل الدول الغربية جعل الدول الداعية لإنشاء مثل هذا الميثاق تقترح ميثاقا جديدا صد رفي صيغة اتفاقية دولـــية متعددة الأطراف وهي(اتفاقية التجارة العالمية، والاتفاقيات الملحقة بها)ويقوم التنظيم الجديد على عدم الفصل بين القواعد المنظمة للتجارة الدولية و القواعد المنظمة لراس المال.وقد تبنت الدول الصناعية هذه الفكرة من منطلق أن راس المال مجرد سلعة من السلع يتم تداوله وانتقاله وفقا لمبادئ حرية التجارة .

كمـــا تضمنت الاتفاقيات الملحقة العمل بمبدأ منح المستثمر الأجنبي المعاملة الوطنية الممنوحة للمستثمر الوطني والتزام الدول بعدم وضعها لقيود وإجراءات من شأنها أن تعيق حركية راس المال والسلع[1] .

ونظرا للارتباطات الدولية التي تمليها الاتفاقية بوصفها تنظيما عالميا ،يضفي عليها طابعا تنظيما اكـــثر مما هي ارتباط عقدي يجعل التزام الدول الأعضاء بما ورد فيها من أحكام أمرا ثقيلا، يستتبع تعديـــل التشـــريعات الداخلية للدول الأعضاء فيما يخص نظام الاستثمار فيها حتى يتماشى أحكام الاتفاقية،فضلا عن ضرورة توفير المناخ المناسب لدخول راس المال.

~~MOHAMED BOUHACIN , L'EVOLUTION DES RELATIONS JURIDIQUES ENTRE PAYS.op. cit. p.94~~

[1]بعد تعديل ميثاق هافانا ألحقت به عدة ملاحق جديدة ،من أهمها الملحق الأول الذي احتوى على نصوص عدة عرفت باتفاقيات الـــتجارة والســـلع والاتفاقيات العامة بالتعريفات الجمركية واتفاق إجراءات الاستثمار وقدتم ذلك من خلال جولات المفاوضات الســـبع الـــتي سبقت مفاوضات الأرجواي كما قدمت غرفة التجارة الدولية علم 1958 مشروع لترقية و حماية الاستثمارات الأجنبية و قد أدى الاهتمام المتزايد بهذا الموضوع إلى ظهور جمعيات وطنية منها الجمعية الألمانية لحماية الاستثمار .عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلدان العربية.المرجع السابق ص130 .

بـــيد أن محاولات تدويل النظام القانوني للاستثمار لم يقتصر على محاولات هافانا، إنما هنالك محـــاولات دولية أخرى كتلك التي تضمنها قرار غرفة التجارة الدولية عام 1931 الذي أوصى بضرورة إبرام اتفاقية لضمان الأموال التي تخص مواطني الأطراف المتعاقدة في أقاليم الدول المتعاقدة الأخـــرى[1]. أضف الى ذلك الاقتراح المقدم عام 1949 من طرف غرفة التجارة الدولية المتعلق بـــإعداد مشـــروع قانون دولي للمعاملة العادلة لرؤوس الأموال في الخارج.ولو أن مشروع النص الأخير لم يتضمن أية إشارة لان شغالات الدول المستوردة لرؤوس الأموال ،وقد وجهت للمشروع انـــتقادات حملت غرفة التجارة الدولية الى عقد مؤتمر كرا تشي عام 1960 ضم دوائر الأعمال لعـــدد مـــن الـــدول المتخلفة وتم فيه تحرير دليل الاستثمارات الدولية الذي اعترف فيه بواجبات المستثمر تجاه الدول المضيفة للاستثمار[2].

و على صعيد الأمم المتحدة فقد اعترفت أجهزتها بأهمية الاستثمار المباشر لتغطية نقص الموارد المالية للبلدان السائرة في طريق النمو مما جعلها توصي بضرورة مضاعفة تدفق الاستثمارات الأجنبية الخاصـــة كمـــا يظهر ذلك من مختلف اللوائح التي أصدرتها مختلف أجهزة الأمم المتحدة وكذا من بعـــض الدراســـات والأبحاث التي أجريت تحت إشراف المؤسسات الدولية التابعة للأمم المتحدة للـــتعرف اكـــثر على الأساليب والطرق التي ينتهجها الاستثمار الدولي، وقد ازداد موقف الأمم المتحدة وضوحا بزيادة معرفة مختلف الجوانب اللصيقة بالاستثمار لاسيما المتعلق بدراسة الشركات المـــتعددة الجنسية، الأمر الذي جعلها تتراجع في موقفها تجاه الاستثمارات الدولية الخاصة في مطلع الســـبعينات لجملـــة من الأحداث والعوامل من بينها، أن الدول النامية التي لم يكن لها تأثير خلال العشرية الأولى للتنمية أصبحت قادرة على إسماع صوتها و همومها للدول المتقدمة في مختلف المحافل الدولية.

كمـــا أن التعرف بصورة اعمق على خصائص واليات الاستثمار والدور الذي يمكن أن تلعبه التكنولوجـــيا في مجـــال تنمـــية اقتصاديات الدول النامية،والخطورة التي تمثلها الشركات المتعددة الجنســـيات باعتبارها القناة الأساسية للاستثمار المباشر في نطاق العلاقات الاقتصادية الدولية وما

---

[1] حسن عطية الله.سيادة الدول على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق.ص225

Mohamed Bouhacine, L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS ›p. Cite P95.

تمثله من أخطار على الاستقلال الاقتصادي للبلدان النامية،جعل الأمم المتحدة تتراجع و تتساءل عن الحدود التي لا يجوز فيها لراس المال الأجنبي لذلك ومنذ بداية السبعينات بدأ موقف الأمم المتحدة وبعض أجهزتها يتراجع بشان الاستثمارات الأجنبية المباشر خاصة بعد أن تأكد لها بان نشاط هذه الاستثمارات يتمركز بشكل شبه كلي في قطاع إنتاج المواد الأولية،هذه المواد التي أصبحت تستغل لـــزيادة ثـــراء الشركات الاحتكارية رغم أن هذه الثروات تمثل لتحقيق الانطلاقة التنموية،مما قد يـــؤدى الى نشوب نزاعات حول ممارسة حق السيادة الوطنية لكل بلد على ثرواته الطبيعية وعلى الأنشطة الاقتصادية التي تمارس على نطاقه الإقليمي[1].

وقـــد انعكـــس هذا الموقف بشكل واضح وجلي على ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول من خلال ما وردفي نص المادة الثانية الذي أعطى لكل دولة الحق الكامل في ممارسة سيادتها عـــلى جميع ثرواتها ومواردها الطبيعية وإخضاع كافة الاستثمارات الأجنبية لتنظيمها الداخلي دون أن تكـــون مجبرة على إعطاء أي معاملة تفضيلية لأي استثمار أجنبي كان،ولها كل الحق في تنظيم المشروعات الأجنبية في نطاق ولايتها الوطنية والأشراف عليها،بما يتماشى مع سياستها الاقتصادية والاجتماعية،كما لها الحق في تأميم الممتلكات الأجنبية ونقل ملكيتها مقابل دفع تعويض يأخذ بعين الاعتـــبار القوانين والأنظمة المطبقة في الدولة المضيفة إلا إذا اتفقت الدول المعنية على اتباع وسائل أخرى.[2]

Mohamed Bouhacine, L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS op. Cite P84-86[1]

[2]لقد نصت المادة الثانية على انه:لكل دولة سيادة كاملة دائمة،تمارسها بحرية،على جميع ثرواتها الطبيعية ونطاقها الاقتصادي بمافية امتلاكها استخدامها والتصرف فيها ولكلل دولة الحق في:

I) تنظـــيم الاســـتثمارات الأجنبية في نطاق ولايتها الإقليمية القومية،وممارسة السلطة عليها حسب قوانينها وانظمنها طبقا لأهدافها وأولوياتها الوطنية، ولا تكره أي دولة على إعطاء معاملة تفضيلية للاستثمارات الأجنبية.

II)تـــنظم نشـــاطات الشـــركات عبر الوطنية الداخلة في نطاق ولايتها القومية و الإشراف عليها،واتخاذ التدابير التي تكفل تقيد هذه النشـــاطات بقوانينها و قواعدها و أنظمتها ،بما يتماشى مع سياستها الاقتصادية والاجتماعية،ولا يجوز للشركات عبر الوطنية أن تـــتدخل في الشـــؤون الداخلـــية لدولة مضيفة،وعلى كل دولة،مع الرعاية التامة لحقوق السيادة، أن تتعاون مع الدول الأخرى في ممارسة الحق المنصوص عليه في هذه الفقرة الفرعية.

ج)تأميم الممتلكات الأجنبية أو نزع أو نقل ملكيتها،وفي هذه الحالة ينبغي أن تدفع الدولة التي تتخذ هذه التدابير التعويض المناسب آخذة بعين الاعتبار قوانينها وأنظمتها المطبقة وجميع الظروف التي ترى الدولة أنها متصلة بالموضوع،وفي كل مرة تؤدى فيها مسائل

إن نص السابق يعتبر أهم نص تنظيمي تراعى فيه مصلحة الدول النامية كطرف في علاقة غير متكافـئة تكون فيها الأولوية دائما للاستثمار الأجنبي في نطاق العمل الدولي المتعدد الأطراف،رغم المعارضـة الشـديدة التي أبدتها الدول الغربية حيال النص المذكور سابقا خاصة فيما يخص مسالة تنظيم الاستثمار الأجنبي بواسطة التشريعات الوطنية بدل قواعد القانون الدولي العرفي. والواقع أن معارضـة الدول المتقدمة لا تستند الى أساس قانوني بقدر ما تعبر عن موقفها التسلطي وعدم قدرة الاسـتثمار الأجـنبي على التكيف مع الدور الجديد المنوط به كوسيلة تنمية حسب مقاصد الهيئات الدولـية طوال العشرية الأولى والثانية التي اعتبر فيها الاستثمار الأجنبي الأداة الفعالة لتنمية بلدان العالم الثالث[1]

إن ميـثاق الحقـوق والواجبات الاقتصادية للدول يعتبر من بين أهم المواثيق الدولية التي أخـذت بعـين الاعتبار مصالح الدول النامية كطرف في العلاقة الاستثمارية خلافا لبعض المواثيق الدولية التي لم تعط أي اهتمام لمصالح تلك الدول كما أشرنا إلى ذلك فيما سبق. وللتقليل من أهمية ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول وللأحكام الواردة به عمد الفقه الغربي الى التشكيك في قانونيـته بـتجريد الميثاق من أية قيمة قانونية معتبرا نصوصه غير ملزمة كونها صادرة في شكل لائحة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة[2].

لكـن أن هـذا التفسـير يتعارض تماما مع نص المادة 13أ من ميثاق الأمم المتحدة التي تقر بالـتطور الـتدريجي لقواعـد القانون الدولي وان الأسلوب المتبع من الجمعية العامة للأمم المتحدة

الـتعويض الى إثـارة خلاف،يجب أن يسوى الخلاف بمقتضى التشريع المحلي للدولة المؤممة ومن قبل محاكمها،إلا إذا اتفقت جميع الـدول المعنـية،اتفاقا حرا و متبادلا،على اتباع وسائل سلمية أخرى،تقوم على تساوى الدول في السيادة وتتفق مع حرية اختيار الوسـائل.انظر في ذلك ،قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 3281 د-29 الصادر بتاريخ 12 ديسمبر 1974 المتضمن ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.

[1] Mohamed Bouhacin L'EVOLUTION DES RELTATIONS JURDIQUES ENTRE PAYS Op Cite P86

[2] مـن بـين الأسـاتذة الذيـن اعتبروا ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية مجرد من كل قيمة قانونية الأستاذان **فوير**، **فيرالي**،**لوترباخـت**وهونفـس الموقف الذي ذهب إليه **كاستانيدا** الذي كان رئيسا لمجموعة الأربعين المكلفة بإعداد الميثاق رغم انه من كـتاب العـالم الثالث إلا انه نحى نحو الموقف الغربي بقوله(كون الميثاق لم تتم المصادقة عليه إلا في شكل لائحة للجمعية العامة.....ليس له مبدئيا في حد ذاته أي طابع إلزامي).انظر في ذلك:فايز انجق (المدلول القانوني لميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول .ملـتقى القانون الدولي والتنمية الجزائر 1976/04/11 الوثيقة رقم 5 ص2.وأيضا ،عبد الواحد محمد الفار،طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق ص68-69.

بالمساهمة في تطوير قواعد القانون الدولي لا يعدو أن يكون سوى أسلوبا جديدا لصياغة وتشكيل قواعد قانونية دولية اقتضتها الحاجة الملحة و المتزايدة للمجتمع الدولي لا نه يصعب التسليم بان المجهودات والاجتماعات والمشاورات والإجراءات الشكلية والموضوعية التي اتبعت في إعداد وصياغة الميثاق طيلة ما يقرب من ثلاث سنوات تكون مجردة من كل قيمة قانونية وخالية من أي التزام قانوني وهذا أمر غير مقبول[1](3)

كما أن تطوير قواعد القانون الدولي من خلال قرارات المنضمات الدولية تعتبر تقنية جديدة اقتضتها ضرورات الحياة الدولية وخصوصيتها مما يجعل منها أداة قانونية لصيغة القواعد الدولية للأسباب التالية:

1) إن صياغة التقنين تمت عن طريق لجان ممثلة للدول وليس من طرف أفراد تم اختيارهم بصفتهم الشخصية وهي ذات الطريقة المتبعة في إعداد الاتفاقيات من الناحية التقنية.

2) الإعداد السياسي والتقني المتمثل شكل المؤتمر الدبلوماسي والاعتماد على الأسلوب التفاوضي.

3) إن الأدوات القانونية المتبعة في إطار التنظيم الدولي قد تأخذ صفة اللائحة،أو صفة إعلان أو ميثاق. وقد جاءت هذه الصيغ الجديدة في ظل نظام الأمم المتحدة لان طبيعة الموضوعات المتجادل بشأنها و المراد تقنينها تتسم بالطابع السياسي والعقائدي مما يستوجب إجراء مفاوضات سياسية ليس في مقدور هيئة تقنية متخصصة كلجنة القانون الدولي القيام بها دون إشراك للأطراف المعنية.

---

[1]لقد ظلت لجنة القانون الدولي لفترة طويلة الهيئة القانونية الوحيدة المكلفة وفقا للمادة 13أ من ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بتطوير قواعد القانون الدولي مقتصرة على تقنية قانونية تقليدية وحيدة وهي الاتفاقيات كما جاء ذلك في المادة 15 من القانون الأساسي للجنة القانون الدولي،إلا أن ظهور لجان خاصة موازية للجنة القانون الدولي مكلفة بدراسة وتقنين مواضيع شتى منها اللجنة القانونية للاستعمالات السلمية لقاع البحار والمحيطات،ولجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي التجاري،و اللجنة الخاصة لمبادئ القانون الدولي المتعلقة بالعلاقات الودية والتعاون بين الدول. المندرجة جميعا تحت الإطار الواسع لحركة التطوير التدريجي للقانون الدولي وتقنينه تطبيقا لنص المادة 13أ من ميثاق الأمم المتحدة.انظر:فايز انجق.المدلول القانوني لميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول.المرجع السابق ص7

كما أن الصياغة التقليدية القائمة على الاتفاقية تعد طريقة بطيئة وغير قادرة على التكيف مع الأوضاع القانونية والسياسية في ميادين شتى للقانون الدولي،مما جعل التقنية الجديدة لصياغة قواعد القانون تعتبر بمثابة التعبير عن التطور الحاصل في إشكالية تقنين القانون الدولي وتطوره التدريجي،بل أن التطور السريع للعلاقات الدولية واتساع مجالات ونطاق القانون الدولي،والتحول الحاصل في بنية المجتمع الدولي وظهور مصالح وحاجات جديدة مختلفة ومتباينة عن مصالح الدول المتقدمة،كل هذه العوامل جعلت الآليات التقليدية لمفهوم التقنين والتطور التدريجي لا يتماشى مع الاحتياجات الجديدة للمجتمع الدولي ،وان هناك ضرورة ملحة لتشريع دولي يقوم على تقنيات جديدة لا تدع مجالا للتشكيك في قدرتها على خلق القواعد القانونية ،لان القول بخلاف ذلك لا يستقيم مع وظائف وسلطات الجمعية العامة للأمم المتحدة كجهاز دولي مخول بمقتضى أحكام الميثاق للاضطلاع بمهام ترقية التعاون الاقتصادي الدولي وفي ذلك يقول الأستاذ جعفر عبد السلام بان(كافة قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة التي تنطوي على قواعد قانونية تعتبر ذات قوة ملزمة- مضيفا في تبريره لموقفه- انه من غير المعقول أن تكون القواعد العرفية-وعنصر الرضا فيها مفترض ضمنيا-ملزمة ولا تعتبر القواعد التي تصنعها الأمم المتحدة ويقبلها صراحة ممثلو الدول فيها غير ملزمة،وإلا ما معنى صدور مثل هذه القواعد، و ما معنى موافقة و تحفظ البعض على بعض قواعده)[1].

أما الأستاذ إبراهيم العناني فيرى بأنه لا يجب الإطلاق في وصف وإضفاء الصفة التشريعية على كافة قرارات الجمعية العامة للأمم المتحدة ،إذ ليس كل قرارات المنظمات الدولية تصلح لتكوين قواعد قانونية دولية،بل بعضها فقط.في حين يرى الأستاذ سامي عبد الحميد أن قرارات المنظمات الدولية لا تنشئ بذاتها قاعدة دولية جديدة...بل تقتصر على مجرد وضع القواعد المنصوص عليها في الميثاق موضع التنفيذ بصورة ملزمة[2].

واستناد الى المفاهيم السابقة يمكن القول بان ميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول يعتبر ملزما لأنه جاء تنفيذا لنص المادة 13أ من ميثاق الأمم المتحدة وانه نتيجة لتقنية أصيلة في التشريع الدولي متولدة عن نص المادة السالفة الذكر،مما يجعل الآثار القانونية للميثاق تتعدى حدود نطاق

---

[1] انظر في ذلك:عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية .المرجع السابق ص 71

[2] عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الاقتصادية الدولية .المرجع السابق ص 71

الإطار القانوني الذي انبثقت عنه و تكون قادرة على ترتيب الالتزام القانوني في إطار التنظيم الدولي وان تساهم في خلق قواعد القانون الدولي وليس مجرد أداة محدودة الأثر.

إن موقف الأمم المتحدة ما هو ألا انعكاس صادق للتطورات الحاصلة في بنية المجتمع الدولي،ذلك أن الدول المتقدمة تريد الإبقاء على الأدوات التقليدية لصياغة القانون الدولي كي يتسنى لها الاستمرار في تكريس هيمنتها. بينما تسعى الدول النامية الى إحلال تقنيات جديدة تمكنها من التعبير عن وجودها كما يتضح ذلك من خلال القرارات العديدة المتخذ في إطار الجمعية العامة للأمم المتحدة بالنسبة لكثير من المسائل الهامة ومن بين القرارات التي لها صلة بهذه الدراسة القرار الذي أصدرته الجمعية العامة تحت رقم 35/63 في 5 ديسمبر عام 1980 القاضي بوضع مجموعة من المبادئ والقواعد المناسبة المتفق عليها على المستوى الجماعي لرقابة وممارسة نشاط الشركات المتعددة الجنسيات[1]الموضوع الذي سنتناوله في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

تقنين الأمم المتحدة حول المشروعات المتعددة الجنسيات

قام المجلس الاقتصادي والاجتماعي عام 1976 بتشكيل لجنة مكونة من 48 عضوا منتخبين على أساس التوزيع الجغرافي،أسندت لها مهمة صياغة نص مشروع التقنين المتعلق بالشركات المتعددة الجنسية الذي قدم عام 1982.وقد جاء مشروع النص متكونا من 71 مادة متباينة وغير متجانسة تعكس الخلافات القائمة فيما بين الدول التي تتبعها الشركات المتعددة الجنسية والدول المستقبلة لها.وتعتبر المقترحات المقدمة من قبل مندوب فنزويلا الممثل لمجموعة **77** أرضية لمشروع التقنين،وقد ارتكز دول العالم الثالث على قرارات الجمعية العامة بإعلان المبادئ،وميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية،واستراتيجية الأمم المتحدة للتنمية لعام 1980.

---

[1] بعد الأحداث التي عرفها الشيلي عام 1972 اهتمت الأمم المتحدة بدراسة نشاط الشركات المتعددة الجنسية وفي عام 1973 قدم السكرتير العام دراسة بعنوان(الشركات متعددة الجنسية والتنمية العالمية)،كما طلب المجلس الاقتصادي والاجتماعي من الأمم المتحدة تكليف شخصيات متخصصة لدراسة أثار ودور هذه الشركات في عملية تنمية الدول النامية وبعد تقديم التقرير أوصت الجمعية العامة بموجب القرار رقم 3202 لعام 1974 الخاص بوضع تقنين ينظم نشاط وسلوك هذه الشركات. انظر:عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية.المرجع السابق ص50.

وقـــد طالبـــت الدول المتخلفة بان تتم صياغة التقنين في شكل اتفاقية وان تكون أحكامه ومبادئه متصفة بالصفة الإلزامية وتلتزم الدول بتطبيقها على إقليمها.

أمـــا الـــدول الغربية فقد عارضت فكرة صياغة المشروع في شكل اتفاقية دولية،ورفضت بان تكون له صفة إلزامية مكتفية بالدور الإرشادي لا حكامه لأن القانون الدولي يعرف هذا النوع من التنظـــيم وان الهدف من مشروع التقنين التوفيق بين عمل الشركات المتعددة الجنسية والسياسات التنموية للدول وليس إعداد تقنين يلزم الدول[1] رغم أن التقنين يحتوي على مبادئ اقل ما يمكن أن يقال عنها أنها مبادئ قانونية، ونجزها فيما يلي :

احترام سيادة الدول المضيفة:

يقـــوم التقنين على مبدأ العمل بالقوانين والتنظيمات الادارية الوطنية للدول المضيفة وإخضاع النزاعـــات الى قضـــائها الداخـــلي وعدم التدخل في شؤونها واحترام القيم والأهداف الاجتماعية والثقافية و الحريات الأساسية، والامتناع عن أي نشاط من شانه المساس بالنظام السياسي ،واحترام السيادة الدائمة على الثروات الطبيعية.

وقـــد نـــص التقـــنين على حرية الدولة في المساهمة في راس مال الشركة بما يتيح لها فرصة الاشتراك في سلطة اتخاذ القرار،وان تساهم الشركة في الحفاظ على توازن ميزان المدفوعات بتنويع وتحسين صادرات الدولة المضيفة،ولا يجوز لها أن تنقل رؤوس أموالها في حالة عدم استثمارها إلا في الوقـــت المناسب حسب ما تقتضيه تشريعات الدولة المضيفة، الى جانب مراعاتها للقوانين المتعلقة بحمايـــة البيـــئة والمستهلك،وان تساهم بطريقة فعلية في التنمية،والاعتراف للدولة المضيفة بحقها في إعادة التفاوض حول العقود المبرمة مع تلك الشركات بما يحقق سيادتها.

بيـــنما ترفض الدول المتقدمة الشروط المقترحة في الأرضية المقدمة من قبل ممثل فنزويلا وترى عـــدم التوســـع في مفهومهـــا والعمل بها في حدود ما هو معترف به في القانون الدولي وفي نطاق الالتزامات الدولية للدول.

[1] عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص.المرجع السابق.ص51.

مبدأ المعاملة العادلة والمتساوية:

نص مشروع التقنين على حق الشركات الأجنبية في المعاملة العادلة وعدم التمييز بين المشروعات الوطنية والمشروعات الأجنبية،لكن مجموعة **77** رفضت ذلك واشترطت مقابل العمل بالمبدأ أن تكون الشروط التي تعمل فيها الشركات الأجنبية مماثلة للشروط التي تعمل فيها المشروعات الوطنية،لان المشروعات الوطنية ليست في مستوى المشروعات الأجنبية.كما أن منح المعاملة الوطنية يقتضي أن يكون عمل المشروعات الأجنبية يتوافق مع أهداف التنمية الوطنية للدولة المضيفة.

التعويض عن التأميم وتسوية المنازعات:

لم يتوصل تقنين السلوك للشركات المتعددة الجنسيات الى نتيجة فيما يتعلق بموضوع التعويض بسبب الخلافات القائمة حول ذلك ،فالدول المتقدمة تشترط بان يكون التعويض كاملا،وحالا وفعالا،وهي صفات لم يقرها العمل الدولي.[1]

بينما ترى البلدان النامية الاكتفاء بالالتزام بالتعويض من حيث المبدأ، لان القول بخلاف ذلك، معناه إثقال كاهل الدولة المؤممة،كما أن اشتراط التعويض الحال والفعال والمناسب صفات لا يقرها القانون الدولي كما أنها تتعدى حدود القدرة المالية للدولة المؤممة،وقد يترتب عن ذلك انهيار اقتصاد الدولة المؤممة نتيجة اشتراط الدول الغربية لفكرة التعويض الفوري والفعال ،وهي نتيجة تتنافى مع غاية التأميم الذي يهدف إلى تحقيق الصالح العام .

إن تقنين السلوك جاء مكرسا لمبدأ حق الدول في نزع الملكية والتأميم مقابل أداء تعويض مناسب يتحدد وفقا للقوانين الداخلية وللقانون الدولي ،وهذه الازدواجية في الصياغة تعكس الخلاف القائم بين مواقف الدول المالكة للشركات المتعددة الجنسية و الدول المضيفة لها بشان موضوع التعويض مما يؤكد عدم الأخذ بقاعدة التعويض التقليدية،وفي نفس الوقت عدم اعتبار التعويض من المسائل الداخلية الخاضعة لسلطة الدول المضيفة، لان عبارة التعويض المناسب تقتضي من الدولة المؤممة مراعاة أحكام وقواعد القانون الدولي.

---

[1] علي حسن ملحم. دور المعاهدات الدولية ...المرجع السابق ص142-144.

لـــذا فان ما ورد من وصف بشان موضوع التعويض في تقنين السلوك يعتبر موقفا توفيقا بين مصـــالح الدول المضيفة ومصالح الشركات،لان معظم الاستثمارات الأجنبية المباشرة تتم عن طريق هـــذه الشركات [1]،و يعني ذلك أن لهذه الشركات دور مؤثر على تنقل رؤوس الأموال الدولية و انتقال السلع والخدمات بين مختلف دول العالم،وعلى واضعي السياسة الاقتصادية في الدول المضيفة أن يدركـــوا بان هذه الشركات تسعى في المقام الأول إلى تحقيق أهدافها عند كل عملية استثمار تقوم بها وأنها كي تتخذ قرارها بالاستثمار في دولة ما،فان ذلك يتوقف وبدرجة كبيرة على المناخ السياســـي والاقتصـــادي والاجتماعي الذي يتم في تنفيذ الاستثمار الأجنبي في ظله، نظرا للعلاقة القانونـــية التي تنشأ بين الشركة المتعددة الجنسية والدولة المضيفة ،كما أن إصرار كل طرف على موقفه يؤدي الى الطريق المسدود مما يتعذر معه التوصل الى اتفاق فيما بين الأطراف ،لذلك يكون مـــن الأفضـــل للدول المضيفة أن تقبل بالحل الوسط متى كانت الضمانات المعترف بها للشركات الأجنبـــية لا تضـــر بالاقتصـــاد الوطـــني ولا تهـــدد المصالح الحيوية لهذه الدول مما يسمح بتدفق الاستثمارات الجديدة لها.

وهناك من يرى بان الوقت مازال لم يحن لعقد اتفاق دولي شامل بين الدول المصدرة الاستثمار المباشـــر والدول المستوردة له،نظرا لتضارب المصالح لان الدول المصدرة تسعى الى حماية شركاتها بمختلف الوسائل القانونية.

[1] تشـــير الإحصـــائيات الى أن 80 ./.من إجمالي مبيعات الناتج العالمي هو من نصيب 437 شركة متعددة الجنسية وان مقدا الأصول السائلة المتوفر لديها من الذهب والصرف الأجنبي يفوق ضعف الاحتياطي الدولي وان ما يزيد عن 268 مليار دولار من الأمـــوال المـــتداولة في الأسواق لا تخضع لسيطرة السلطات العامة،ومن بين المؤشرات الدالة على أهمية هذه الشركات وخطورتها عـــلى الاقتصـــاد الدولي ارتفاع نصيبها في الإنتاج العالمي لبعض السلع من ذلك مثلا إنتاج الحاسب الإلكتروني إذ تسيطر شركة IBM وحدها على ما يقرب من 40 ./. من مجمل إنتاج أخوا سيب.كما أن ثلاث شركات أمريكية تسيطر على 50./. من سوق العالمي للسيارات.انظر في ذلك:سامي عفيفي حاتم .التامين الدولي.المرجع السابق.207-211. انظر في ذلك أيضا محمد السـيد ســعيد.الشركات متعددة الجنسية أثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسية.الهيئة المصرية العامة للكتاب.ط 1978ص .136-131

أما الدول المضيفة فترى بان وسائل الحماية القانونية المتمسك بها من طرف الدول المصدرة لا تعدو أن تكون مجرد قيود تهدف الى استبقائها ضمن إطار التبعية الموروثة عن الاستعمار من خلال آليات الاستثمار.

أما الدول الاشتراكية-سابقا- فترى بان الحماية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي قد تخلق لــه وضعا قانونيا يستتبع معه منحه مزايا خاصة ليس لها ما يبررها،مما جعلها تقف ضد أي محاولة دولية تهدف إلى حماية الاستثمار الأجنبي[1] في حين أن اعتراض الدول النامية على الاتفاقيات الدولية المتعددة الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية لا ينصب على الاتفاقيات ذاتها بقدر ما ينصب على قواعــد القانون الدولي التقليدي التي تحاول الدول المتقدمة تكريسها من خلال أسلوب الاتفاقيات ،لذلــك فقــد بــدا واضحا أن فكرة توقيع اتفاق دولي لحماية الاستثمارات الأجنبية أضحى أمرا مستعصيا إن لم نقل مستحيلا مما دفع بالدول الى التوجه نحو العمل الإقليمي .

المطلــب الثــــاني:

الحماية الدولية الإقليمية للاستثمار الأجنبي

بعد فشل المساعي الدولية في إبرام اتفاقية دولية متعددة الأطراف حول حماية وتنظيم الاستثمار الأجــنبي اتجــاه العمل الدولي نحو التنظيم الإقليمي على مستوى كل من الدول المتقدمة و الدول المتخلفة،لان العمل الإقليمي تجتذبه عوامل تقارب بين الدول الأعضاء المشكلة للتنظيم أو التجمع الإقليمي، مما يسهل مهمة التوصل إلى إبرام اتفاقيات من هذا النوع،لكن ذلك لا يعني نجاح جل المحاولات الإقليمية.

الفــرع الأول

الحماية الإقليمية على المستويين الأفريقي والأوروبي

هناك العديد من الاتفاقيات الإقليمية المهتمة بموضوع حماية وتشجيع الاستثمارات في الخارج نذكر منها على المستوى الأفريقي ، اتفاقية المعونة المتبادلة وضمان القروض المبرمة فيما بين الدول

---

[1]عبد الواحد محمد الفار.أحكام التعاون الدولي.المرجع السابق.وكذلك حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على مواردها الطبيعية.المرجع السابق ص227.

الأفريقية وكذلك الاتفاقية الأفريقية الأوروبية (الاتفاقية المبرمة مع السوق الأوروبية المشتركة) .الى جانب ذلك شهدت الدول الأمريكية محاولات مماثلة رغم فشل بعضها.[1]

I) **اتفاقـــية المعونة المتبادلة وضمان القروض:** لقد تم إبرام هذه الاتفاقية عام 1966 من قبل دول مجلـــس التحالف وتعتبر صورة من صور اتفاقيات الحماية الإقليمية لرؤوس الأموال الأجنبية،وقد جاء في ديباجتها انــــه"ورغبة في منح أقصى قد رمن الضمان وألا مان للرساميل الأجنبية المستثمرة في إقلـــيم هـــذه البلدان،تنشأ هيئة دولية عامة مقرها ابيجان وتعرف (بصندوق المعونة المتبادلة وضمان القـــروض)[2] وتقوم الهيئة المذكورة بضمان القروض الأجنبية التي تحصل عليها الدول الأعضاء وهيئاتها العامـــة وشـــبه العامة أو المشروعات الخاصة التي يكون مركزها القانوني ونشاطها الأساسي في أقاليم الـــدول الأعضـــاء شريطة أن تكون الأموال محل الضمان مخصصة لتمويل المشاريع الاقتصادية المنتجة والتي تساهم في بناء الأسس الاقتصادية للدول المتعاقدة.

والجديـــر بالملاحظـــة أن اتفاقية المعونة المتبادلة وضمان القروض التي أتينا على ذكرها أنها لم تســـتهدف وضع إطار قانوني لتنظيم وحماية الاستثمارات الأجنبية كون دورها اقتصر على ضمان القـــروض الخارجـــية ممـــا يجعلها محدودة الفعالية لا تصلح أن تكون إطارا إقليميا لتنظيم وحماية الاســـتثمارات، كمـــا أنها لا تضم سوى عددا محدودا من الدول الأفريقية و لضآلة حجم الموارد المالـــية المخصصـــة لضـــمان رؤوس الأموال المستثمرة إذ لا تتعدى قيمتها ألا جمالية ثلاثة ملايين دولار[3].

---

[1] من بين المحاولات الإقليمية التي أخفقت في تحقيق الحماية الإقليمية،الاتفاق الموقع بين الدول الأمريكية في 2 ماى 1948 المعروف باسم اتفاق بوغوطا الذي نص في الفصل الرابع منه،على حماية الاستثمار الأجنبي على أساس عدم التميز ودفع تعويض حال وفعال ومؤثر،هذه الأوصاف أثارت تحفظات حال دون التصديق على الاتفاق،وقد جرت محاولة أخرى عرفت بالاتفاق بوينس ايرس وتقوم المحاولة الجديدة على مبدأ إخضاع الاستثمار الأجنبي الى التشريع الداخلي وللقضاء الوطني للدولة المضيفة،الأمر الذي ادى الى فشلها انظر: حسن عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض المرجع السابق ص230-231.

[2] في 9 جـــوان عـــام 1966 قامـــت مجموعة من دول إفريقيا الغربية الناطقة بالفرنسية وهي:ساحل العاج،فولتا العليا،داهومي النـــيجر،طوقو.بإبـــرام اتفاقية فيما بينها عرفت باتفاقية ابيجان ،تم بموجبها إنشاء هيئة دولية عامة(صندوق المعونة المتبادلة وضمان القروض)مقرها ابيجان.انظر في ذلك:الدراسة التي قام بها الصندوق الكويتي للتنمية.المرجع السابق ص44.

[3] تتشكل موارد الصندوق المخصصة لضمان القروض من مساهمات الدول الأعضاء وعائدات استثماراته المالية والعمولات التي يحصل عليها من عمليات الضمان التي يقوم بها والمنح والإعانات وتجدر الإشارة هنا أن الصندوق تلقى إعانة من صندوق المعونة والتعاون

إن دور الاتفاقية ينحصر في تقديم جانب محدود من الحماية الممنوحة للاستثمارات الأجنبية والمتمثلة في الضمانات المالية الممنوحة للمدينين الذين يعجزون عن الوفاء بديونهم وهي حماية قاصرة على عدد محدود من الأشخاص،في حين يقتضي الاستثمار الأجنبي وجود قواعد سلوك تنتهجها الدول في إطار إقليمي موحد. و إذا كانت الاتفاقيات الإقليمية الخاصة بتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية على المستوى الإفريقي لم تجد إقبالا لها،فان اتفاقيات التعاون الاقتصادي وجدت استحسانا وقبولا،خاصة تلك المبرمة مع دول السوق الأوروبية المشتركة .

ب)**الاتفاقيات الإفريقية الأوروبية** : لقد ورد في القسم الرابع من اتفاقية روما الخاصة بإنشاء السوق الأوروبية المشتركة التأكيد على تنظيم العلاقة بين السوق المشتركة وبين الدول النامية ما وراء البحار. مما يعني أن الاتفاقية الإفريقية الأوروبية جاءت كتجسيد لاتفاقية روما ،ويرتكز العمل التنظيمي فيها على أساس إطلاق حرية تنقل رؤوس الأموال والأشخاص فيما بين الجانبين مع منح تسهيلات تجارية وجمركية للسلع الواردة من الدول النامية المعنية دون المعاملة بالمثل ،وتعتبر اتفاقية يا وندي واتفاقية لومي الإطار التنظيمي لهذه العلاقة الإقليمية المتعددة الأطراف.[1]

الفرنسي بقيمة 100 مليون فرنك فرنسي.راجع في ذلك:الدراسة التي أعدها الصندوق الكويتي والمقدمة للاجتماع الثاني لخبراء التمويل العرب.ص 45-46.

1 الاتفاقية الأولى أبرمت عام 1963 بـ: ياواندا عاصمة الكاميرون بين منظمة السوق الأوروبية المشتركة و18 دولة نامية من بينها 17 دولة إفريقية ومدغشقر وعرفت باسم اتفاقية ياوندا تم تلتها اتفاقية ثانية أبرمت عام 1969 وانضمت بموجبها ثلاث دول وهي:كينيا،أوغندا،تترانيا وعرفت باتفاقية(اروشا) وفي عام 1975 وبعد مفاوضات شاقة شاركت فيها منظمة الوحدة الإفريقية انتهى الى تنازل السوق المشتركة الأوروبية عن بعض الشروط خاصة فيما يتعلق بالمنتجات الزراعية وكذلك التفضيلات المطبقة بين إنجلترا ودول الكومنويلث.تم إبرام اتفاقية لومي بين السوق الأوروبية المشتركة وبين 46 دولة نامية من إفريقيا والبحر الكاريبي والمحيط الهادي والمحيط الهندي وقد دخلت الاتفاقية حيز التنفيذ في بداية سنة 1976 وفي 31 أكتوبر 1979 جددت الاتفاقية لفترة 5 سنوات وعرفت باتفاقية لومي الثانية وما تميزت به اتفاقية لومي الثانية عن سابقاتها إنشائها لصندوق موازنة أسعار التصديرstabexالذي يقضي بالتزام دول السوق بتعويض الدول النامية عن الأضرار التي تتعرض لها صادراتها من جراء انخفاض معدلات أسعار تلك الصادرات وقد خصص لذلك مبلغ 375 مليون وحدة أوروبية خلال سريان مدة الاتفاقية التي حددت بـ 5 أعوام انظر في ذلك:عبد الأمير رحيمة العبود.اتفاقية(لومي) اتجاهاتها الرئيسية وأثارها على الدول النامية. ص109 . 108.

إن مـــا يميز هذه الاتفاقيات في مجال الاستثمارات الأجنبية أنها عملت بمبدأ حرية تنقل الأموال والأشـــخاص والتمويل عن طريق القروض التي يقدمها بنك الاستثمار الأوروبي وصندوق التنمية الأوربي[1].

لكـــنه وبالـــنظر إلى المزايا الاقتصادية التي حققتها دول السوق الأوروبية المشتركة فان هذه الأخـــيرة سعت لتوسيع النطاق الجغرافي للدول المنتسبة للسوق من خلال فتح مجال الانضمام لدول نامية أخرى وقد تم ذلك بالفعل في نهاية الستينات وبداية السبعينات بعد بروز ظروف دولية جديدة تمثلـــت أساسا في انتشار حركات التحرر في معظم الدول النامية وبالأخص في أفريقيا واسيا حيث أصـــبحت شعوب هذه الدول تناضل من اجل تحررها الاقتصادي بعد أن حصلت على استقلالها السياسي .

غـــير أن دول الســـوق المشتركة ولكي تبقي سيطرتها على الدول النامية المنتسبة عملت على ربطهـــا بأطر قانونية وتنظيمية من اجل احتوائها وعزلها عن باقي الدول النامية الأخرى إن لم يكن تحيـــيدها للحـــيلولة دون تآزرها في المواقف التي تتصل بالعلاقات الاقتصادية الدولية الجديدة، التي تهدف الى المطالبة بتغيير العلاقات الاقتصادية الراهنة القائمة على النهب والاستغلال وعدم التكافؤ.

وإزاء الظـــروف الجديدة فقد كان لابد على دول المجموعة الأوروبية من توحيد جهودها من اجل احتواء اكبر عدد من الدول النامية،و هو ما تم بالفعل حيث بلغ عدد الدول المنتسبة 74 دولة خلال اتفاقية لومي الثالثة[2].

وأمام العدد الهائل للدول النامية المنتسبة للمجموعة الأوروبية تقرر رفع حجم استثمارات كل مـــن بنك الاستثمار الأوروبي وصندوق التنمية الأوروبي الى 3550 مليون وحدة أوروبية وقد تقـــرر حسب الاتفاقية المذكورة أن ينفق الجزء الأكبر من هذه المبالغ في مجالات التنمية الصناعية و انتقال التكنولوجيا و إقامة المشاريع الصناعية المتوسطة الحجم والصغيرة بالدول النامية،لكن الاتفاقية خيبـــت أمل وطموحات الدول النامية بعد أن تأكد أن النسبة العالية من الاستثمار ترتكز في قطاع التعدين والمواد الأولية،بينما لم تحض الصناعات التحويلية ومشاريع الإنتاج المتوسطة والصغيرة بأي اهـــتمام لدرجـــة أنهـــا أصبحت محل نقاش مستمر حول تنفيذ الاتفاقية،وقد عزت دول المجموعة

---

[1] عبد الأمير رحيمة العبود.المرجع السابق ص 109.

[2] مني محمود مصطفى.الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي.المرجع السابق ص35

الأوروبـية ذلك إلى غياب المقومات الأساسية للاستثمار الصناعي وغياب التشريعات التي تضمن رؤوس الأموال الأجنبية المستثمرة في الدول المعنية وحمايتها من مخاطر التأميم ونزع الملكية.

آن الحجـج الـتي تستند عليها الدول الغربية في تبرير موقفها الهدف منها التهرب من تنفيذ التزاماها و تبرير موقفها في المطالبة بإبرام اتفاقيات لضمان وحماية استثمارات رعاياها وشركاها.

والحقـيقة أن التوجه نحو الاستثمار في قطاع المواد الأولية يمثل الهدف الأساسي لأي استثمار أجـنبي،كما يمثل صلة الربط بين مصالح الدول المصدرة لرؤوس الأموال والدول النامية المضيفة لها.وقد ورد في تقرير لجنة السوق المشتركة لمجلس وزراء المجموعة الأوروبية عام 1978 ما يؤكد هـذا التوجه،حيث أكد التقرير على أن سياسة استثمار رؤوس الأموال الأوروبية في الدول النامية تقـوم عـلى ضمان تنوع إنتاج الدول النامية من المواد الأولية بما يساعد على تكوين قاعدة دائمة للعلاقـات الاقتصـادية بينها وبين تلك الدول،وقد تجسدت هذه الحقيقة في خلق وبلورة ظاهرة التخصص في إنتاج المواد الأولية في غالبية الدول النامية حتى أصبحت نسبة 95 % من صادرا ت هـذه الدول تتشكل من المواد الأساسية. لذلك لا يمكن أن نتصور بان توضع مسالة التصنيع ونقل التكنولوجـيا وإنشـاء مشاريع اقتصادية أخرى موضع التنفيذ الفعلي لان ذلك يتناقض مع مصالح الـدول المتقدمة التي تفضل بقاء ا لدول النامية كمصدر للمواد الأولية وسوق لتصريف المنتجات حتى وان كانت الاتفاقية سخية في محتواها[1].

إن جوانب القصور والضعف في اتفاقية لومي لا تكمن في عدم وفاء دول المجموعة الأوروبية بمـا التزمت به حيال الدول النامية من تصنيع ونقل للتكنولوجيا بل ،وإنشاء للمشاريع الاقتصادية المتوسـطة بل إخفاق الاتفاقية أيضا في مجال الاستثمار لان دول المجموعة لم تف بما تعهدت به من اسـتثمار،ذلك أن مجمـوع الإنفـاق الـذي تم استثماره فعليا لم يتجاوز نسبة 38./.من مجمل التخصيصـات التي نصت عليها اتفاقية لومي،هذه النسبة المتواضعة يعتريها التوزيع غير العدل بين

[1] عبد الأمير رحيمة العبود.اتفاقية لومي اتجاهاتها الرئيسية و أثارها على الدول النامية المرجع السابق.ص118

مجمـــوع الـــدول النامية و بذلك تكون اتفاقية لومي قد خيبت آمال وطموحات الكثير من الدول النامية المنضمة إليها[1]((1)).

الفـــرع الثاني

محاولات التنظيم الإقليمي العربي الأوروبي للاستثمارات الأجنبية

إن مشـــروع الاتفاقـــية الخـــاص بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات فيما بين المجموعة الأوروبية والمجموعة العربية يعد أهم عمل إقليمي أنجزه الطرفان،ويقوم مشروع الاتفاقية على مبدأ الحمايـــة ضـــد المخاطـــر غير التجارية كما تنص على ذلك المادة 12 (إذا تعرضت استثمارات شـــركات أو مواطـــني إحـــدى دول المجموعتين العربية و الأوروبية لدى دولة من دول المجموعة الأخـــرى لخســـائر ناجمة عن الحرب أو أي عمل عسكري آخر، أو نتيجة للاضطرابات الأهلية العامة،كالـــثورات والانقلابـــات والفـــتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر،فان الدولة المضيفة للاستثمارات التي لحقها الضرر تلتزم بالتعويضات المناسبة في حدود المعاملة الـــتي تـــتلقاها شركاته أو مواطنوها ممن قد تصيبهم أضرار مماثلة أو في حدود المعاملة التي تتلقاها شـــركات ومواطـــنو دولة من الغير،أيهما افضل)[2].والملاحظ أن النص قد استبعد ا عمال العنف الفـــردية والاضـــطرابات الداخلية التي تحدث داخل المشروع أو بسب العاملين فيه كما يفهم من عبارة(أعمال العنف ذات الطابع العام) مما يفيد أن مشروع الاتفاقية قد ميز بين الأضرار التي يكون مصـــدرها عـــنف سياســـي وبين الأضرار التي يكون مصدرها عنف مبنى على مطالب مهنية أو اجتماعـــية،فهذه الأخـــيرة لا تعـــد من قبيل المخاطر السياسية التي ينبغي إن تحضى بالحماية وفقا لمشـــروع الاتفاقية،ولم يكتف مشروع الاتفاقية بالتمييز بين أعمال العنف الخاصة و أعمال العنف العامـــة بـــل مـــيز أيضا بين أساس التعويض الذي تدفعه الدولة المضيفة عند تحقق خطر الحروب

[1] مـــن بـــين الـــدول النامـــية الـــتي كانـــت تحضـــى بـــثقل وتمركـــز كبير في علاقاتها المالية والتجارية مع المجموعة الأوروبية هي:نيجيريا،زايير،زامبيا،الكاميرون،ليبيريا،القابون، وجزر القمر.وتتراوح النسبة التي تحصل عليها هذه الدول بين 60 و70 بالمائة وتنفرد نيجيريا وحدها بنسبة 30./. انظر في ذلك :عبد الامير رحيمه العبود.المرجع السابق ص16.

[2] انظـــر في ذلك المذكرة التفسيرية المحررة بتاريخ 20 مايو 1978 المتعلقة بمشروع الاتفاقية العربية-الأوروبية مشار إليها في هامش الصفحة 263 من مؤلف:هشام على صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق.

والثورات وبين المخاطر السياسة الأخرى التي تكون بفعل الإرادة المباشرة لسلطات الدولة،كالتأميم و الاستيلاء ونزع الملكية.

بالنسبة لمخاطر الحروب والثورات اكتفى مشروع الاتفاقية بتطبيق مبدأ التعويض وفقا لما يقرره قانون الدولة المضيفة وشرط الدولة الأولى بالرعاية وبصفة عامة يتم التعويض على أساس مبدأ الحد الأدنى من المعاملة وما يقرره قانون الدولة كما يفهم من عبارة (أن الدولة المضيفة للاستثمارات التي لحقهــا الضرر تلتزم بالتعويضات المناسبة في حدود المعاملة التي تتلقاها شركاتها أو مواطنوها). أما المخاطـــر المتعلقة بالتأميم ونزع الملكية والاستيلاء أو أي إجراء مشابه تتخذه الدولة المضيفة يكون التعويض عنها وفقا للشروط الواردة في المادة 8 من مشروع الاتفاقية بحيث يكون التعويض مساويا للقيمة الفعلية للاستثمار وعائداته وبالعملة التي تم الاستثمار بها أو بعملة يرتضيها المستثمر وبذلك يكـــون المشروع قد حدد كيفيات التعويض وشروطه و لم يتركه للسلطة التقديرية للدولة المضيفة ولتنظـــيمها الداخلي كما فعل في التعويض عن الأضرار الناجمة عن مخاطر الحرب والثورات وعدم الاستقرار السياسي التي لا ترتبط في وقوعها بفعل إرادة السلطة العامة.

إن فكـــرة التمييز التي اخذ بها مشروع الاتفاقية العربية الأوروبية تجد أساسها في وجه النظر الـــتي ترى بان أساس عدم الاستقرار السياسي والاقتصادي الذي تعاني منه الدول المتخلفة يعو إلى مخلفـــات الاستعمار لان النزاعات التي تحدث في البلدان المتخلفة غالبا ما تتعلق بالحدود وبالفوارق الاجتماعـــية والاقتصادية وهي أمور ناتجة عن الاختلال في التوازن البنيوي لشعوب هذه الدول ومضة من مظاهر تخلفها[1].

لذلك من غير المنطق أن تسال حكومات الدول النامية عن تعويض أضرار ناتجة عن تراكمات الماضي الاستعماري قد يكون للاستثمار الأجنبي يد كبيرة في ذلك.

إن تميـــيز مشروع الاتفاقية بين المخاطر الإرادية التي تلحق المستثمر أو المشروع الأجنبي بفعل إرادة الدولـــة المضيفة و بين المخاطر التي تحدث دون إرادة تلك الدول فيه نوع من التوازن لمصالح الأطـــراف المتعاقدة لان من مصلحة الدول المصدرة ومستثمريها أن تحضى استثماراتهم بحماية فعلية لان الأمـــان الـــذي يوفره مشروع الاتفاقية من خلال نصه على آليات التعويض وشروطه تجعل

---

[1] Hosni El djamel Op cite P247

المستثمرين يطمئنون اكثر مما لو اقتصر مشروع الاتفاقية على مجرد تقنين وتأكيد أحكام العرف الدولي التي تقتضيها قواعد الحد الأدنى للمعاملة الدولية للاستثمار الأجنبي التي هي محل خلاف كبير بين الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار[1].

إن مشروع الاتفاقية الأوروبية العربية لحماية وتشجيع الاستثمار لم يمنع الدول الأعضاء من اتخاذها لإجراء من إجراءات التأميم أو نزع الملكية أو ما شابه ذلك إزاء الاستثمار الأجنبي المتواجد على إقليمها تحقيقا للمصلحة العامة،وبهذه الصفة يكون المشروع قد جسد مبدأ سيادة الدولة على إقليمها من خلال إقراره حق اتخاذ أي إجراء تراه الدولة المضيفة ضروريا،حتى وان كان التعامل الدولي وقواعد القانون الدولي العرفي يلزمان الدولة التي تتخذ مثل هذه الإجراءات أن تراعى في ذلك مبدأ المساواة وعدم التمييز بين الاستثمارات المؤممة أو المنزوعة.والملاحظ على صياغة نص المادة 7 المتضمنة حق الدولة في التأميم وما شابه ذلك من إجراءات النزع هو أن الدولة لا تلجا إليه إلا استثناء ذلك أن نص المادة المذكورة يبدأ بصيغة المنع(لا يجوز أن تكون استثمارات شركات أو مواطني أي دولة من دول المجموعتين العربية أو الأوروبية لدى دولة من دول المجموعة الأخرى أو عوائد هذه الاستثمارات محل لأي إجراء تتخذه السلطة العامة....ومع ذلك يجوز للدولة المضيفة للاستثمار أن تتخذ إزاء الاستثمار وعوائده إجراءات التأميم....تحقيقا للمصلحة العامة) أن الأسلوب الذي صيغ به نص المشروع كما يبدو من خلال بعض المواد التي استعرضناها يوحي بوجود تباين في مواقف الدول الأعضاء،مما جعل مشروع الاتفاقية يصاغ في شكل توفيقي حيث لم يمنع المشروع لجوء الدول الأعضاء إلى التأميم لان ذلك يتنافى مع فكرة السيادة ،كما أن الدول العربية لن تقبل بذلك لأن نشاط الاستثمارات الأوروبية وغير الأوروبية يرتكز أساسا في مجال استغلال الثروات الطبيعية مما يستوجب حماية هذه الثروات من هيمنة الاحتكارات الأجنبية.

وفي المقابل فان اللجوء إلى إجراءات التأميم ونزع الملكية أو أي إجراء آخر يتعلق بحرية المستثمر الأجنبي وبمصالحه لا يتخذ إلا إذا اقتضته ضرورة المصلحة العامة ومقابل تعويض يوازي في

---

[1] -لقد بينا فيما سبق الخلاف القائم حول التعويض انظر على حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية...المرج السابق ص 144،145

-هشام على صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق ص463.

قيمته القيمة الفعلية للاستثمار المؤمم أو المتروع وفي مثل هذا الوضع لا يكون للدولة المؤممة مصلحة في التأميم إلا إذا كانت ضرورات المصلحة العامة تقتضي ذلك فعلا،لان التأميم أو الترع يكون مكلفا ومثقلا لكاهل الدولة المؤممة خاصة وان مشروع الاتفاقية يقضي بان يكون التعويض بالعملة المستثمرة أو بالعملة التي يرتضيها المستثمر الأجنبي هذا القيد يجعل عملية تأميم المشروعات الأجنبية شبه مستحيلة وبهذه الصيغة يكون مشروع الاتفاقية قد رعى المواقف المتباينة لأطرافه، مضفيا حماية فعلية على استثمارات رعايا وشركات المجموعتين العربية و الأوروبية بل وقد توسع مشروع الاتفاقية في مجال حماية الأموال الأجنبية من خلال حمايته للشركاء المكونين للشخص الاعتباري المتمتع بجنسية الدولة المضيفة التي تقدم على اتخاذ إجراءات نزع الملكية أو التأميم مع أن الأصل هو عدم تمتع رعايا وشركات الدولة المضيفة بالحماية من الإجراءات التي تتخذها دولهم لان ذلك يعدمن صميم الاختصاص المحلى وان الشريك الأجنبي لا يظهر في الشركة كشخص مستقل بشخصيته القانونية وبذمته المالية المتميزة عن الشركة وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة طراكشن كما بينا ذلك فيما سبق.

لكن مشروع الاتفاقية العربية الأوروبية لحماية وتشجيع الاستثمارات جاء بحكم مخالف لما قررته محكمة العدل الدولية في قضية برشلونة طراكشن،كما ورد ذلك في نص المادة التاسعة الذي يقضي(تلتزم كل من دول المجموعتين العربية والأوروبية،عند قيامها بتأميم ممتلكات إحدى الشركات التابعة لها أو نزع ملكية أموالها أو اتخاذ أي إجراء مشابه حيلها ،بتعويض شركات مواطني دول المجموعة الأخرى من المستثمرين في الشركة الوطنية التي كانت ممتلكاتها محلا للتأميم أو نزع الملكية أو ما شابه ذلك من إجراءات وفقا للأحكام والشروط المبينة في المادة الثامنة). والجدير بالملاحظة أن هذا النص يوحي إلى وجود تناقض بينه وبين نص المادة 2/3 الذي ينص على أن(تلتزم كل من دول المجموعتين العربية والأوروبية بمنح شركات ومواطني أي من دول المجموعة الأخرى،بالنسبة لنشاطهم المرتبط بالاستثمارات محل الحماية المقررة في هذه الاتفاقية معاملة الوطنيين). ذلك أن إضفاء الحماية على أموال الشركاء الأجانب المساهمين في شركة وطنية دون الشركاء الوطنيين يعد بمثابة امتياز وخروج عن قاعدة المعاملة الوطنية التي نص عليها مشروع الاتفاقية. لكن هناك من يرى بان اعتماد الاتفاقيات الدولية على مجرد النص على المعاملة الوطنية وشرط الدولة الأولى بالرعاية يشكل حماية خالية من كل مضمون وان الحماية الحقيقية تكون

عـــندما يـــتولى الاتفاق التنظيم المباشر للاستثمار لان تعليق الحماية على قوانين وتنظيمات داخلية للدولـــة المضيفة تبقى بدون جدوى لان القوانين المحلية غالبا ما تكون محل تعديل وإلغاء حتى وان تضـــمنت ضمانات تزيد عن الحد الأدنى المعترف به في القانون الدولي العرفي. ونفس الشيء يمكن أن يقـــال عـــلى الحماية المعلقة على شرط الدولة الأولى بالرعاية لان هذه الحماية تكون معرضة للفقدان بمجرد زوالها عن رعايا الدولة الأولى بالرعاية[1] .

إن مشـــروع الاتفاقية الأوروبية العربية قد تدارك ما ورد فيه من عموميات ونقص من خلال التنظـــيم المباشر لبعض المسائل الأساسية الأكثر خلافا والأكثر فعالية في جذب الاستثمارات ويأتي في مقدمة هذه المسائل لتعويض. بينما صيغت الأحكام العامة فيه على أساس مبدأ الازدواجية تماشيا مـــع مـــا يجري به العمل في القانون الداخلي والقانون الدولي وبذلك يكون مشروع الاتفاقية قد حقـــق الهـــدف المنشـــود منه والمتمثل في تحقيق الأمان والاستقرار اللازمين للاستثمار الأجنبي مع مراعاته لمصالح الدول المتعاقدة ا لتي ارتضت وعبرت عن موقفها من خلال مشروع الاتفاقية.

إن حـــرص الدول المصدرة لرؤوس الأموال على حماية استثمارات رعاياها وشركاتها بالخارج دفـــع بهـــا الى العمـــل على مختلف الأصعدة إقليميا وعالميا،وفي هذا السياق يمكن اعتبار مشروع الاتفاقـــية الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية المتعلق بتشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي الـــذي تم إقراره عام 1967 من طرف الدول المصرة لرؤوس الأموال بعد مراجعته مرات عديدة إطارا عاما لتنظيم الاستثمار باعتبار منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية تضم أغلبية الدول المصدرة لرؤوس الأموال.[2]

ويقـــوم مشـــروع الاتفاقية على محاور تضمنتها المادة 2/3 التي نصت على انه (ليس لأي طـــرف أن يتخذ تدابير تحرم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة،أحد مواطني الطرف الأخر من ممتلكاته ما لم تستوف الشروط التالية:

-أن تكون التدابير المتخذة تستهدف الصالح العام وبموجب القانون.

-ألا تتصف التدابير المتخذة بالتميز بين المستثمرين.

---

[1]هشام على صادق .الحماية الدولية للمال الأجنبي .المرجع السابق ص252-253

[2]حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق ص226.

-أن تتضمن التدابير المتخذة النص على دفع تعويض عادل،ويمثل هذا التعويض القيمة الحقيقية للممتلكات،ويجـــب دفعـــه دون تـــأخير وبالكيفـــية التي يكون فيها مؤثرا وفعالا للمواطن الذي يستحقه)[1]

والجديـــر بالملاحظـــة أن هـــذا الـــنص لا يختلف في مضمونه عما جاء في بعض النصوص كمشروع الاتفاقية العربية الأوروبية لبعض النصوص الوارد في بعض الاتفاقيات بل ومتجانس معها اكثر في محتواها كما يظهر لنا ذلك في:

-الاعتراف بحق الدول المضيفة في التأميم ونزع ملكية الأموال الموجودة على إقليمها،وان كنا نســـلم بان أساس الاعتراف بهذا الحق لا يجد مصدره في نص مشروع الاتفاقية،إنما يجد أساسه في القواعد العرفية الدولية،لذلك جاء النص على هذا المبدأ مشتركا في اغلب الاتفاقيات الدولية استنادا إلى نظرية السيادة.

-ان يحصل صاحب الملكية المتضرر على تعويض .و التعويض هنا ينقسم إلى شطرين:

الشـــطر الأول ويتمثل في الإقرار بمبدأ الحق في التعويض وتعتبر هذه المسالة موضع اتفاق لدى غالبة الفقه والقضاء لان ذلك يمثل مبدأ ثابتا في القانون الدولي.[2]

الشـــطـــر الثاني ويتمثل في أوصاف التعويض كما ورد ذكرها في النص وتمثل جوهر الخلاف بين ما هو مستقر عليه في العمل الدولي وما ورد في مشروع الاتفاقية،فمشروع الاتفاقية يقضي بان يكـــون الـــتعويض حالا ومؤثرا وفعالا وعادلا [3]بينما استقر العمل الدولي على خلاف ذلك كما يقول: **لوترباخت** "إذ لا توجد سابقة في القانون الدولي تستوجب بان يكون التعويض حالا ومؤثرا والقول بخلاف ذلك معناه تكريس مبدأ القوي على الضعيف واعتبار ما يقرره الأقوياء بمثابة قواعد قانونـــية دولـــية هـــو في الواقع إحلال لا رادة الأقوياء محل قواعد القانون الدولي"إن اشتراط نص

---

[1]لقـــد ورد ذكر نص هذه المادة في الهامش رقم 90 من كتاب:أحكام التعاون الدولي،عبدا لواحد محمد الفار.المرجع السابق ص 149

[2]انظر:هشام على صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق ص 74-77

[3]حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق ص211

المشروع لأوصاف التعويض السالفة الذكر لا يعدو أن يكون مجرد تكريس لموقف تقليدي في الفقه الغربي وهو موقف شبه مهجور لتعارضه مع موقف الفقه الحديث ومع العمل الدولي[1]

إن السـعي وراء محاولات إبرام اتفاقيات إقليمية متعددة الأطراف لحماية الاستثمار الأجنبي لم يعـد الأمر فيه حكر على الدول المتقدمة المصدرة لرؤوس الأموال،بل اصبح ظاهرة عامة في محيط التعامل الدولي و شملت هذه الظاهرة الدول النامية أيضا.

الفـرع الثـالـث

الحماية الإقليمية للاستثمار في المنطقة العربية

لقد خاضت الدول العربية تجربة الاتفاقيات الإقليمية المتعددة الأطراف في مجال حماية وتشجيع الاسـتثمارات العربية وتأتى الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية في طلـيعة هـذه الاتفاقيات من حيث موضوعها كإطار عام لتنظيم الاستثمار فيما بين الدول العربية كدول مصدرة لرؤوس الأموال ودول مستوردة له، بالرغم من أن وضع هذه الدول متقارب في مستواه الصناعي والزراعي ومتشابهة في بنيانه الاجتماعي ،غير أن ذلك لم يمنع تصنيفها وتقسيمها[2] إلى مجموعتين :

-دول مصدرة لرؤوس الأموال تتوفر على إمكانيات مالية كبيرة تفوق طاقاتها الاستيعابية

-دول مستوردة لرؤوس الأموال تتوفر على يد محلية كبيرة وقدرة استيعابية.

---

[1] لقـد قبلت بعض الاتفاقيات بالتعويض العيني،ومن بينها الاتفاقية المبرمة بين فرنسا وبولندا وبلجيكا،كذلك الاتفاق المبرمة بين الولايـات المتحدة وكوبا،وهناك اتفاقيات اكتفت بالوعد بالتعويض،وقد ساير القضاء الدولي هذا الموقف،كما جاء ذلك في قضية ألـتا ميمات الإيرانية،حيث اعترف القضاء الألماني والإيطالي بشرعية التأميم الإيراني طالما انه كان مقترنا بالوعد بالتعويض.هشام علي صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق ص82.

[2] إن هذا التقسيم لا يخلو من بعض التحكم لان هناك من الدول البترولية العربية يصعب وصفها بأنها دولا مصدرة لرؤوس الأموال كالجزائـر والعـراق وليبـيا،فهذه الـدول وان كانت تعد دولا بترولية لاعتماد اقتصادياتها على البترول كمورد أساسي غير ان اقتصادياتها قادرة على استيعاب عائداتها البترولية ،لان هذه العائدات لا تكفي لتغطية احتياجاتها مما يصعب معه تصنيف هذه الدول ضمن خانة الدول المصدرة لرؤوس الأموال من منطلق أنها دول بترولية .لكنه وبالمقابل نجد دولا مثل دول الخليج تمتلك احتياطات مالـية معتـبرة تفـوق قدرتها الاستيعابية، مما يؤهلها بان تصنف ضمن إطار الدول المصدرة لرؤوس الأموال.انظر:إبراهيم شحاتة وحازم اللاوي/مقال بعنوان:التعاون الاقتصادي العربي.ملحق الأهرام الاقتصادي .31 ديسمبر 1965.

إن موضـــوع تصنيف الدول العربية البترولية الذي قال به بعض الباحثين كما أوضحنا ذلك فـيما سـبق يبرز لنا مدى إمكانية التكامل الاقتصادي العربي نتيجة وجود قدرة مالية لدى بعض الـدول وقـدرة اسـتيعابية[1] لدى البعض الأخر مما يجعلها تظهر لنا كمجموعتين تكمل إحداهما الأخرى وتعملان على تحقيق الرخاء الاقتصادي العربي إن تضافرت جهودها،ذلك أن دول الخليج سـوف تجد فرصة لاستثمار عائداتها المالية على نحو يحقق لها ربحا قد لا تحققه الأموال المودعة في شكل ودائع مصرفية بالأسواق المالية للدول المتقدمة.

كما تستفيد الدول المستوردة لرؤوس الأموال من تنمية قدراتها الإنتاجية من خلال استعانتها بـالأموال العربـية الأخرى ذات الفائض، وقد جاءت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية الموقع عليها في دمشق في شهر أوت عام 1970 من قبل الدول الأعضاء المؤسسة لها والتي تم إبـرامها في إطار مجلس الوحدة الاقتصادية العربية لدعم التكامل الاقتصادي العربي من خلال حثها الدول الأعضاء على بذل كل بلد عربي مصدر لرؤوس الأموال جهوده لتشجيع الاستثمار في البلدان العربية الأخرى وعلى البلدان المستوردة أن تقدم كافة التسهيلات على سبيل التفضيل،مثلما ورد ذلـك في ديباجة الاتفاقية وقد أدركت الدول العربية هذه الحقيقة فحاولت من خلال مختلف الاتفاقـيات المـبرمة فـيما بينها بان تعمل على تحسن مناخها الاستثماري على النحو الذي يدفع المستثمر العربي الى الاطمئنان وتركه لمخاوفه نتيجة وجود وضع قانوني موحد ومستقر يعمل على تسهيل انتقال رؤوس الأموال العربية وتوظيفها داخل الدول العربية بما يخدم المصالح المشتركة لجميع الأطـراف كما نصت على ذلك المادة الثانية من الاتفاقية وقد انضمت الجزائر الى هذه الاتفاقية وصادقت عليها في شهر أكتوبر عام 1995 [2] .

---

[1] يقصـد بالطاقـة الاسـتيعابية القدرة على تحويل الأموال النقدية إلى أموال سلعية تتخذ مظهرا استثماريا يعمل على خلق أصول جديـدة داخـل القطاعـات الإنتاجية وهذه الأصول يجرى تشغيلها لا نتاج سلع جديدة،فالطاقة الاستيعابية تكون عندئذ مبعث للارتياح في أي اقتصاد وهي مرتبطة بمستوى التطور القني للدول وبقدرة أسواقها على استيعاب ما ينتج من سلع وخدمات وهذه الصـفات تفتقدها الكثير من الدول العربية المصنفة في خانة الدول المصدرة لرؤوس الأموال مما أدى إلى وجود فائض مالي ووجود تراكم في الأرصدة المالية هذه الدول ففي عام 1978 بلغ قيمة الأرصدة العربية للدول البترولية نحو 145 مليار دولار.انظر في ذلك:حكمت شريف النشا شي.استثمار الأرصدة وطور الأسواق المالية العربية. المرجع السابق ص 20. 107

[2] تمـت المصادقة على اتفاقية حماية وتشجيع رؤوس الأموال العربية من طرف الجزائر بمقتضى المرسوم الرئاسي رقم 95-306 المؤرخ في 7 أكتوبر 1995 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 الصادر بتاريخ 11 أكتوبر 1995.

إن الاتفاقية العربية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية تقوم بين دول فيها من العناصر ما يوحدها اكثر مما يفرق بينها لذلك يفترض فيها الانسجام، لكن المتفحص لنصوص الاتفاقية يجدها تتميز بالغموض والعمومية تارة وبالتحديد والدقة تارة أخرى الشيء الذي يوحي بوجود تباين واختلاف في مواقف الدول الأطراف كما يتضح لنا ذلك من خلال أهم المحاور التي نتولى دراستها والنصوص المنظمة لها.

-معاملة راس المال العربي في الدول الأعضاء: تأخذ الاتفاقية بمبدأ المعاملة المزدوجة فهي تقضي بان يعامل راس المال العربي معاملة راس المال الوطني ويأخذ نفس المركز القانوني من حيث الحقوق والالتزامات والقواعد والإجراءات كمبدأ عام كما هو منصوص عليه في المادة السادسة من الاتفاقية[1]،لكننا إذا رجعنا الى المادة الثالثة من نفس الاتفاقية نجد أن معاملة راس المال العربي تخضع أساسا للحد الأدنى المقرر في الاتفاقية وفي حدود هذا الحد الأدنى تكون الأولوية في التطبيق للاتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدولة المضيفة[2]مع العلم أن المعاملة الوطنية تخضع في تحديدها الى سلطة الدولة المضيفة مما يجعل الأخذ بمبدأ الحد الأدنى المقرر في الاتفاقية ومبدأ المعاملة الوطنية والجمع بينهما أمر غير ممكن لاحتمال تناقضهما و إن احتواء الاتفاقية على مثل هذه النصوص يزيد في غموضها.

كما أن نص المادة 9/ف1 يقضي بالحظر الكلي على الدول الأعضاء في اتخاذها لأي إجراء أو تدبير مهما كانت صيغته القانونية(تأميم،نزع ملكية،مصادرة،استيلاء،حراسة..الخ)ويؤدي الى حرمان المستثمر من أمواله إلا أن الفقرة الثانية من المادة المذكورة تستثني من ذلك كله نزع الملكية إذ تنص على انه يجوز نزع الملكية لتحقيق نفع عام بمقتضى ما تمتلكه الدولة أو مؤسساتها من سلطة القيام بوظائفها في تنفيذ المشاريع العامة شريطة أن يتم ذلك على أساس غير تمييزي وفي مقابل تعويض عادل وفق الأحكام القانونية العامة التي تنظم نزع الملكية .

---

[1] م1/6 (يعامل راس المال العربي المستثمر في الدولة الطرف التي يقع فيها الاستثمار معاملة راس المال المملوك لمواطني تلك الدولة بلا تمييز ويكون له تلقائيا نفس المركز القانوني من حيث الحقوق والالتزامات والقواعد والإجراءات)

[2] م3(تشكل أحكام هذه الاتفاقية حدا أدنى لمعاملة كل استثمار يخضع لها.وفي حدود هذا الحد الأدنى تكون الأولوية في التطبيق لأحكام الاتفاقية عند تعارضها مع قوانين وأنظمة الدول الأطراف)

إن هـــذه الصياغة تثير تساؤلات كبيرة حول مضمون العبارات الواردة بها،فهل يقصد بعبارة نزع الملكية المعنى التقليدي للعبارة الذي لا يتجاوز حدود مضمون تطبيقها نطاق العقار و ما يرتبط بـــه من منقولات أم أن نزع الملكية هنا قد يرد على جميع أموال المشروع وقد لا يكون فيها للعقار اثـــر يذكـــر وفي مثل هذه الأحوال هل يمكن وصف العملية بنزع الملكية أم بأنها تأميم خاصة وان النص يبيح نزع الأموال التي تساهم في تنفيذ المشاريع العامة وان هذا التصرف تأتيه الدولة لمالها من سلطة عامة أي من مظهر سيادي ومن ثم يجعل من الصعب استبعاد التأميم من نطاق مفهوم الفقرة الثانية واعتباره من القوانين المحظورة ومع ذلك هناك من اعتبر أن الاتفاقية قد منعت التأميم مستندا في ذلـــك الى الـــتعديل الذي اقره مجلس الوحدة الاقتصادية العربية في 3 ديسمبر 1972 لان النص القديم كان يقر صراحة حق الدولة المضيفة في التأميم[1](3)مع أن الرأي الراجح في الفقه يرى بـــان حظـــر التأمـــيم على الدولة المضيفة يستحيل الالتزام به من الناحية العملية مادام انه حق من حقوق السيادة للدولة إذ لا أحد يستطيع منع الدولة من اتخاذها لمثل هذه الإجراءات[2]

إن غمـــوض وعمومية المادة التاسعة لا تنحصر في تدابير الحظر التي أتينا على دراستها بل تمتد لتشـــمل أيضا موضوع التعويض،ذلك أن التعويض في مضمون هذه المادة يتم حسب قانون الدولة المضيفة إذا تعلق الأمر بنزع الملكية أي إذا كان الإجراء المتخذ من الإجراءات المشروعة فالتعويض هنا يكون وفقا لقواعد القانون الدولي العرفي بالمفهوم التطبيقي لعبارة التعويض العادل.

أما إذا كان التعويض يتعلق بإجراء غير مشروع اتخذ خرقا لنصوص الاتفاقية فيقوم على أساس القـــيمة الفعلية للاستثمار المتضرر وهو ما يفهم من نص المادة العاشرة من الاتفاقية[3]ونعتقد انه من الصعوبة بمكان أن يعتبر تصرف ما تأتيه الدولة المضيفة كسلطة و كتعبير عن سيادتها تجاه الاستثمار الخارجي كما هو الحال في التأميم الذي يعد عملا غير مشروع مما قد يؤدي الى التساؤل عن طبيعة

---

[1]هشام علي صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية .ص102.

[2]هشام علي صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق ص262.

[3]تنص المادة 10 من الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية على(يستحق المستثمر العربي تعويضا عما يصيبه من ضرر نتيجة قيام دولة طرف أو إحدى سلطاتها العامة أو المحلية أو مؤسساتها بما يلي:

ا-المساس بأي من الحقوق والضمانات المقررة للمستثمر العربي في هذه الاتفاقية ...لإخلال بأي من الالتزامات والتعهدات الدولية المفروضـــة عـــلى عاتق الدولة الطرف والناشئة عن هذه الاتفاقية لمصلحة المستثمر العربي....تكون قيمة التعويض مساوية لما حق المستثمر العربي تبعا لنوع الضرر ومقداره).

التعويض الذي يجب أن يدفع للمتضرر فهل يكون التعويض على أساس ما ورد في المادة 9 أي على أساس التشريعات الداخلية للدولة المضيفة وقاعدة لتعويض العادل أم يكون على أساس ما وردفي المادة 10 التي تقضي بان يكون التعويض مساويا للقيمة الفعلية للاستثمار المؤمم مما يزيد الاتفاقية غموضا وتعقيدا .

أما فيما يتعلق بالضمانات التي تقدمها الاتفاقية لمستثمري البلدان المتعاقدة فانه الى جانب ما تضمنته المادة التاسعة فان الاتفاقية قد أخذت بمبدأ التمييز بين الاستثمارات التي تعود ملكيتها بشكل جوهري لرعايا الدول العربية وتلك التي تعود ملكيتها لمستثمرين أجانب غير عرب وذلك من خلال إقرار بحق المعاملة التفضيلية لمستثمري الدول الأطراف دون غيرهم كما تنص على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 16 (للدولة الطرف التي يقع فيها الاستثمار تقرير معاملة تفضيلية وفقا للاعتبارات السابقة للمشروعات الاستثمارية العربية المملوكة ملكية جوهرية لمواطنين عرب).و لم تتوقف الحماية القانونية للاستثمارات العربية المنجزة فيما بين الدول العربية على نطاق ما تقدمه هذه الاتفاقية من معالجة موضوعية للأحكام القانونية بل تعدت نطاق ذلك لتشمل الضمان ضد المخاطر غير التجارية وكذلك ما توفره الاتفاقية من أحكام تتعلق بالحماية الإجرائية مؤكدة بان فعالية الحماية الموضوعية للاستثمارات عن طريق الاتفاقيات الدولية أو غيرها من وسائل هذه الحماية لن تتأتى على وجهها الأكمل إلا إذا اقترنت بالحماية الإجرائية.

وخلاصة القول أن محاولات إبرام اتفاقيات دولية متعددة الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية على كثرتها لم تلق تأييدا دوليا للتصديق عليها لاسيما من قبل الدول النامية،بالرغم من النجاح المحدود لبعض الاتفاقيات على المستوى الإقليمي ويعودن السبب في ذلك الى كون أن مشاريع هذه الاتفاقيات لم تأخذ بعين الاعتبار ظروف الدول النامية وحقها في سيادتها وسلطتها على مواردها الطبيعية والى الاعتقاد الخاطئ الذي يحاول الفكر الغربي فرضه على الدول النامية بوجود قواعد قانونية دولية مستقرة في مجال تنظيم وحماية الاستثمارات الأجنبية بالصورة التي تدعيها الدول الغربة وهو ما ترفضه الدول النامية رفضا مطلقا[1]،فاعتراض الدول النامية لا ينصب على الاتفاقيات الجماعية في ذاتها كشكل من أشكال التعامل الدولي بل لكون أن صياغتها لا تتضمن معالجة مشكلة التفاوت الاقتصادي فيما بين الدول المصدرة والمستوردة ،لذلك فشلت

---

[1] عبد الواحد محمد الفار .طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية.المرجع السابق.ص64.

الاتفاقـيات الجماعية التي أر يدلها أن تكون دستورا للعلاقات الاقتصادية على المستوى العالمي،لان صـياغتها بمـنظور الأقويـاء جعل نصوصها تعجز عن الاستجابة للتغيرات الدولية،فضلا عن أن قواعـد القانون الدولي التقليدي التي يراد من خلالها إبقاء الدول النامية تحت سيطرة وهيمنة القوى الاقتصادية الكبرى وشركاتها لم تعد تتوفر على الصفة الإلزامية التي أضفتها عليها الدول المصدرة في السـابق و مـن خـلال محاولة إفراغها في شكل تعهد دولي كما يظهر ذلك من نصوص مختلف مشاريع الاتفاقيات الجماعية التي أتينا على ذكر بعضها كمشروع اتفاقية منظمة التعاون الاقتصادي والتنمـية الـذي نص في مادته الثانية بان على الدول الأعضاء واجب احترام التزاماتها مع مواطني الأطـراف الأخرى،الطرف في الاتفاقية،والمقصود بمضمون النص السابق كما فسره البعض حماية عقـود الامتياز وعقودا لاستثمار التي تنص على عدم الأقدام على التأميم من منطلق فكرة الحقوق المكتسبة وكذلك أوصاف التعويض كما جاء ذلك في مشاريع بعض الاتفاقيات التي نصت على الـتعويض الحـال والفعال الى جانب مسايرة الفقه الغربي التقليدي لذلك والادعاء بوجود قواعد دولية مستقرة في هذا الشان[1].

ولمـا كان من الصعب الاتفاق على قواعد القانون الدولي التي تحكم نشاط الاستثمار الأجنبي نتـيجة تـباين موقف الدول النامية والدول الرأسمالية المصدرة لرؤوس الأموال، فان الأمل اصبح معقودا على الاتفاقيات الثنائية والإقليمية والمبادئ العامة للقانون باعتبارها النظام الأمثل لمثل هذه العلاقات كما يقول بذلك،ما كنير[2].

ولما كانت القواعد الواردة في الاتفاقيات الدولية الثنائية والمتعددة الأطراف لا تخرج عن كونها تقلـيدا دوليا لم تتأكد لها الصفة الملزمة شانها شان قواعد القانون الدولي العرفي التقليدي،فان ذلك أدى بالمجتمع الدولي الى صياغة تلك القواعد وتبنيها في صورة قانون اتفاقي أو معاهدة دولية متعددة الأطراف تضم الأعضاء المستوردين والمصدرين لرؤوس الأموال، وقد أسندت هذه المهمة إلى لجنة التنمـية الـتابعة لمجلـس محافظي البنك وصندوق النقد الدوليين وتمت صياغة تلك القواعد باسم القواعد الإرشادية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية[3].

---

[1] حسن عطية الله. سيادة الدول النامية على موارد الأرض .المرجع السابق ص232.

[2] حسن عطية الله .نفس المرجع السابق ص239

[3] باقـتراح من فرنسا تم عام 1991 إعداد تقرير حول إطار قانون عام يحتوي على المبادئ القانونية الأساسية من اجل تشجيع وحمايـة الاسـتثمارات الأجنبـية الخاصة ويرتكز هذا العمل على دراسة جميع المصادر التي تستنبط منها القواعد الإرشادية والقو

وتعتبر هذه القواعد،كقواعد تكميلية أي أنها مكملة لسائر الأدوات القانونية الوطنية والدولية الـــتي تتكفل بحماية الاستثمار دون أن يكون لها طابعا إلزاميا،ويمكن للدول أن تأخذ بها مادامت لا تتعارض مع التزاماتها الدولية أو مع تشريعاتها وقوانينها الوطنية، وتعتبر قواعد الإرشاد مقبولة بصفة عامـــة لأنهـــا تمثل جزءا من قواعد القانون الدولي المعاصر و كإضافةله ،لذا فان نصوص القواعد الإرشادية التي أعدتها لجنة التنمية التابعة لمجلس محافظي البنك والصندوق الدوليين تمثل محاولة مهمة مـــن جانـــب منظمة تشمل في عضويتها معظم دول العالم تقريبا،مما يعطي لهذه الوثيقة وزنا مهما ومؤثـــرا في سبيل تطوير قواعد القانون الدولي العرفي وكمصدر تستوحي منه التشريعات الداخلية للدول بعض أحكامها وترجع إليه محاكم التحكيم الدولية.والجدير بالملاحظة أن نصوص القواعد الإرشـــادية تختلف عن بعض النصوص الواردة في الاتفاقيات الأخرى كونها تتضمن بعض النصائح للدول النامية فيما يتعلق بالمعاملة المتساوية للمستثمرين في الظروف المماثلة بغض النظر عن جنسية المستثمر،لان المعاملة بالنسبة لقواعد الإرشاد تنصب على الاستثمارات القائمة بالفعل والجديدة التي تلـــتزم الـــتزاما كاملا بقوانين الدولة المضيفة وبمقتضيات حسن النية، والمساواة في المعاملة وبان لا يتمتع المستثمر الأجنبي بمعاملة تميزه عن غيره من المستثمرين الوطنيين مادامت ظروفهم مماثلة،أي أن القواعـــد الإرشادية تقوم على افتراض عام مؤداه المساواة في المعاملة على أساس الظروف المشابهة وبقاء الأوضاع على حالها[1].

لكنه وكاستثناء لهذه القاعدة أجازت المادة الثانية من قواعد السلوك للدولة المضيفة أن ترفض قـــبول اســـتثمار لا يـــتفق من وجهة نظرها مع متطلبات الأمن العمومي الوطني أو إذا كان مجال الاســـتثمار مرتبط بقطاع أو قطاعات يحتفظ بها قانون الدولة لمواطنيها لأهميتها الاقتصادية في مجال التنمـــية،بل يجـــوز للدولـــة المضيفة أن ترفض استثمارا مقترحا إذا كان يتعارض مع النظام العام والصحة العامة وحماية البيئة[2].

عدالـــتي اعـــتمدت في استنباط هذه الأحكام على مصادرة عدة منها الاتفاقيات الثنائية والمتعددة الأطراف وقرارات الأمم المتحدة وغـــريها مـــن الوثائق المتعددة الأطراف بما في ذلك مشروعات الاتفاقيات.تشريعات الاستثمار في مختلف الدول ،قرارات وأحكام محـــاكم التحكـــيم الدولية وكتابات فقهاء القانون الدولي. وقد تمت صياغة نص القواعد الإرشادية في خمس مواد أساسية انظر في ذلك: إبراهيم شحاتة.الإصلاح الشامل.دار سعاد الصباح للنشر ط1992 ص255.

[1] إبراهيم شحاتة.الإصلاح الشامل....المرجع السابق ص248.

[2] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص120 .

كما تنص المادة الثالثة على حماية المستثمرين الأجانب وممتلكاتهم وعلى عدم التمييز بينهم على أســاس جنسيتهم مؤكدة في ذلك على مبدأ المعاملة الوطنية في الظروف المشابهة وبالمعاملة المنصفة والعادلــة وحقهم في تحويل استثماراتهم إلى بلدهم الأصلي عند تصفية مشروعاتهم أو عند بيعها أو أية مبالغ أو فوائد، ما لم تكن الدولة المضيفة تعاني من صعوبات في السيولة النقدية،أما في حالة عدم توفــر الــنقد الأجــنبي،فان التحويل يكون على أقساط وبسعر التحويل السائد في السوق وقت الــتحويل وبــذات العملــة التي تم الاستثمار بها إذا بقيت قابلة للتحويل أو بعملة أخرى يعتبرها صــندوق النقد الدولي عملة حرة الاستعمال أو بأي عملة أخرى يقبلها المستثمر وتسري أحكام الــتعويض الــواردة في المادة الثالثة على الأضرار الناجمة عن الحرب والعصيان المدني أو أي نزاع مسلح.[1]

إن انــزع الملكــية أو أي إجــراء مماثل لها يؤدي الى نفس النتائج فان النص المتضمن لقواعد الإرشاد لا يجوز اتخاذه للإجراءات السابقة إلا بشروط هي :

1-أن يتم ذلك طبقا لإجراءات قانونية سليمة تستهدف الصالح العام.

3-أن لا يكون هناك تمييز على أساس الجنسية.

3-أن يتم نزع الملكية وما شابه ذلك مقابل تعويض مناسب.

كمــا تــناول النص المتضمن لقواعد الإرشاد مفهوم التعويض المناسب مؤكدا على ضرورة التفرقة بين كل حالة فالمشروع الذي يحقق ربحية ثابتة ليس كالمشروع الذي لا يحقق ربحا[2].

وفــيما يخص تسوية المنازعات بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له فان ذلك يكون عن طــريق المحــاكم الوطنــية أو عــن طريق وسائل أخرى يتفق عليها الطرفان كالتفاوض والتوفيق والتحكيم.[3]

إن تــباين المعــايير المتبــناة في التشريعات الوطنية وفي الاتفاقيات الدولية الثنائية منها والمتعددة الأطراف في مجال معاملة الاستثمار وعدم وجود قواعد موضوعية موحدة تحكم كافة علاقات أعضاء المجتمع الدولي استوجب البحث عن تقديم ضمانات أخرى وقد جاءت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان والاتفاقية الدولية لإنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار كتجسيد للمجهود الدولي الجماعي ودعم

---

[1]انظر :الفقرة السادسة من نص المادة الثالثة من القواعد الإرشادية.

[2]انظر الفقرة الأولى من المادة الرابعة من نصوص القواعد الإرشادية .

[3] المادة الرابعة من النصوص القواعد الإرشادية و كذا المادة الخامسة الفقرة الأولى و الثانية .

نتولى دراسة نظام الضمان الدولي من خلال اتفاقية الوكالة الدولية للضمان واتفاقية المؤسسة العربية و مسـرجع اختـيارنا لدراسة هاتين الهيأتين يعود الى طبيعة موضوعهما لاهتمامهما بضمان وحماية الاستثمار من المخاطر غير التجارية من خلال آليات الضمان،لذلك سوف نتولى تقسيم هذا الفصل الى مبحثين:

المبحـــث الأول

نشأة وتبلور معالم النظام الدولي للضمان

بعـــد فشل المجموعة الدولية في التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية جماعية تكون كإطار عام لتنظيم وحمايـــة الاســـتثمارات الأجنبية في الدول المضيفة لها[1] اتجهت الأنظار نحو فكرة إنشاء نظام دولي لضمان الاستثمار الأجنبي بغية ترقيته وتشجيعه فيما بين الدول الأعضاء.

وإدراكا منها لهذه الغاية سعت كل من الدول والمنظمات الدولية الى تجسيد هذه الفكرة من خـــلال محاولات عديدة بذلت في هذا الشان و استمرت الى أن تجسد على ارض الواقع من خلال تجـــربة الوكالـــة الدولـــية لضمان الاستثمار على المستوى العالمي و المؤسسة العربية للضمان على المستوى الإقليمي .

المطلـــب الأول

نشأة نظام الضمان الدولي.

تقتصر دراستنا لهذا لمطلب على إبراز أهم المحاولات التي بذلت على الصعيد العالمي فيما يتعلق بإنشاء نظام الضمان الدولي من خلال دراستنا لمراحل تطور نشأة نظام الضمان الدولي.

[1] بعـــد اعتماد الوكالة الدولية للضمان تبنت لجنة التنمية التابعة لمجلس محافظي البنك الدولي صياغة و إعادة موضوعية أطلق عليه تسمية (القواعد الإرشادية لمعاملة الاستثمارات الأجنبية)وان كانت غير إلزامية من الناحية القانونية فهي من الناحية الأدبية خلاف ذلـــك باعتبارها تمثل رغبة وسلوك جماعي ،كما أن عدم إضفاء الصفة الإلزامية عليها لا يعود لعدم قانونية هذه القواعد بل لتباين مواقـــف الدول واختلاف أنظمتها الاقتصادية و الاجتماعية يصعب معه إلزام كافة دول أعضاء المجموعة الدولية بقبول نظام قانوني موحـــد بصـــفة إجبارية لكن يمكن تحقيق ذلك طواعية ولو بدرجات متفاوتة.عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربـــية.المـــرجع الســـابق.ص117.انظر في ذلك أيضا.(ضمان الاستثمار) نشرة دورية تصدرها المؤسسة العربية للضمان العدد الخامس فبراير 1983.

الفـــرع الأول

مراحل تطور نشأة نظام الضمان الدولي

لقد تجسدت الملامح الأولى لنظام الضمان الدولي في المبادرة التي تقدمت بها لجنة الخبراء التابعة للجمعية الاستشارية لمجلس أوروبا عام 1957 الداعية إلى إنشاء صندوق خاص للضمان والمعونة المتـــبادلة ليـــتولى ضـــمان الاســـتثمارات الأوروبية في إفريقيا ضد المخاطر السياسية بغية تشجيع المجهودات المبذولة لتنمية هذه الأخيرة[1].

كما تضمن خطاب نيكسون عندما كان نائب رئيس الولايات المتحدة الأمريكية الدعوة إلى إنشـــاء صـــندوق دولي لضمان الاستثمار ووجدت هذه الدعوة صداها في الدراسة التي قدمها Charles robnson إلى اللجنة الخاصة ببحث سياسة التجارة الخارجية الأمريكية بمجلس النواب الأمريكي عام 1958 وتتضمن الدراسة اقتراح إنشاء شركة دولية لضمان الاستثمارات الأجنبية الخاصـــة تشـــترك فيها حكومات الدول إلى جانب الأفراد وتنشأ تحت إشراف إحدى المنظمات الدولية المتخصصة[2]يأتي في مقدمتها البنك الدولي باعتباره المؤسسة الدولية العاملة في حقل الاستثمار ويقـــوم اقـــتراح تشارلز روبنسون على وجوب توصل الدول الأعضاء الراغبة في التعاون في مجال الضـــمان الى مجموعـــة من القواعد والخطوط العريضة التي يجب أن يتم الاتفاق عليها لتحل محل الـــبرامج الوطنية للضمان المحدودة النطاق والمتباينة في أهدافها السياسية بعد أن لاحظ بان برنامج الضمان الأمريكي لعام 1970 والمتمثل في-منظمة الاوبايك[3] لم يستطع تحقيق الانسجام والتوافق بـــين مصـــالح أمريكا ومصالح الدول النامية المستقبلة لرؤوس الأموال الأمريكية، مما أدى بالسيد روبنســـون إلى اقتراح في خطته إشراك جميع هيئات الضمان الوطنية في مجلس هيئة الضمان الدولية التي تتولى عمليات الضمان بمفردها أو بالاشتراك مع مجموعة البنك الدولي ولو انه يفضل تولي هذا

---

[1] إبراهيم شحاتة.الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي.المرجع السابق ص21

[2] هشـــام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية..المرجع السابق ص116. وأيضا إبراهيم شحاتة.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص20.

[3] **الاوبايك** وكالة حكومية تخضع لإشراف وزارة الخارجية الأمريكية مهمتها تنشيط حركة رؤوس الأموال تجاه الدول النامية بما يتوافق مـــع الـــدور الذي تلعبه الولايات المتحدة وشركاتها المتعددة الجنسية في الاقتصاد العالمي،وقد بدأت عملها عام 1971 حينما اصدر الرئيس الأمريكي ريتشارد نيكسون قرارا يقضي بتحويل مهام وصلاحيات وكالة التنمية الدولية إلى منظمة الاوبايك.

الأخير إدارة الهيئة لتغطية المخاطر السياسية لدعم ثقة المستثمرين ودفعهم الى المزيد من الاستثمار في الدول النامية في ظل مناخ سياسي دولي منسجم [1]

كما كان للأستاذ Peter p. gubriel - مستشار الكونجرس الأمريكي لشؤون الشركات المتعددة الجنسيات وعميد كلية إدارة الأعمال بجامعة بوستون- أثره البارز فيما قدمه من اقتراحات بشان إنشاء برنامج متعدد الأطراف لضمان الاستثمارات الخاصة المباشرة تخضع للإشراف المباشر لإحدى الوكالات الدولية المتخصصة وفي مقدمتها البنك الدولي للإنشاء والتعمير،ويهدف اقتراحه إلى إقامة نظام ثلاثي للتامين الدولي يقوم بين كل من :

-الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها الراغبة في جذب الاستثمار.

-الشركة أو المستثمر الراغب في الاستثمار لدى الدول المضيفة له.

-وكالة دولية تتولى إدارة وتمويل برنامج الضمان الدولي(مجموعة البنك الدولي)

ويبرر جبريال اقتراحه على أساس أن برامج الضمان الوطنية يتوقف فيها ضمان الاستثمار على ضرورة إبرام اتفاق مسبق بين الدولة التي تتبعها هيئة الضمان الوطنية والدول المضيفة للاستثمار موضوع الضمان وان فترة التغطية التي تتراوح بين 15-20 سنة قد يحدث فيها أن تتحلل الدولة المضيفة من التزاماتها لتغير الظروف المحيطة بالاستثمار كان يتبين لها بان الاستثمار الأجنبي لم يعد يحقق لها مصالحها الوطنية،مما يدفعها إلى عدم الوفاء بالتزاماتها التعاقدية تجاه دولة المستثمر،أما إذا كانت هيئة الضمان هي التي تتولى دفع التعويض للمستثمر في حالة تعرضه للخطر مقابل إقساط التامين التي تحصل عليها هذه الهيئة فان برنامج الضمان الدولي المقترح قد لا تتأثر بالاعتبارات السياسية للدول.[2]

إن الدعوة لإنشاء هيئة دولية للضمان كما يراها البعض يرجع فضل السبق فيها للإدارة الأمريكية في عهد الرئيس كندي عام 1961 ولمقترحه،ولو أن الاقتراح ظل حبيس النسيان داخل إدراج الكونجرس الأمريكي مدة ستة سنوات الى أن أعيد بعثه للمناقشة أثناء تطرق

---

[1] الأستاذ تشارلزر وبنسون شغل منصب وكيل وزارة الشؤون الاقتصادية الفيدرالية في عهد الرئيس الأمريكي جيرالدفورد وكان قبل ذلك رئيسا لشركة متعددة الجنسيات تعمل بقطاع التعدين والنقل البحري في دول أمريكا اللاتينية.وتضمنت دراسته اقتراحا يقضي بإنشاء هيئة دولية للضمان. انظر سامي عفيفي حاتم المرجع السابق ص274.

[2] سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي.المرجع السابق ص276-277

الكونجـــرس الأمريكي لمشاكل الاستثمار في الدول النامية ويتلخص مضمون الاقتراح كما جاء في التقرير الصادر عام 1968 عن إحدى اللجان الفرعية التابعة للكونجرس الأمريكي،بأنه يحتم على الولايات المتحدة الأمريكية بان تواصل مجهوداتها الذاتية للتوصل الى اتفاقية دولية متعددة الأطراف لحمايـــة الاستثمارات الخاصة المباشرة بين الدول المتقدمة صناعيا والدول النامية على أن يتم ذلك تحـــت الإشراف المباشر للبنك الدولي بمشاركة الدول المتقدمة بوصفها مصدرة للاستثمار والدول النامية المضيفة له.

إلا أن اقتراح الإدارة الأمريكية لقي معارضة قوية داخل الكونجرس لوجود اتجاه يدعو إلى دعم الـــبرنامج الوطـــني الأمـــريكي للضمان مما جعله يعود مرة أخرى الى إدراج النسيان بالكونجرس الأمريكي[1].

كما قامت منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (O. E. C. D) بعدة دراسات بشان إنشاء هيئة دولـــية لضـــمان الاســـتثمارات الأجنبية وتواصلت جهودها في ذلك طيلة الفترة ا لممتدة ما بين 1962و1965، ومـــن بـــين المشاريع التي أعدتها منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية مشروع الأستاذ ميتسجر عام 1963 وينصب هذا المشروع أساسا على ضمان الاستثمارات الموجهة إلى الـــدول النامية شريطة أن يكون الاستثمار المضمون منتجا وجديدا وان توافق عليه الدولة المضيفة وان يكـــون الاســـتثمار المضـــمون تابعا لأحد رعايا الدول الأعضاء في هيئة الضمان الدولية التي اقترحها المشروع وتقوم الهيئة المذكورة بتغطية خطر نزع الملكية والإجراءات المماثلة له وخطر عدم تحويـــل أصول الاستثمار وعائداته وكذلك خطر التراع المسلح والاضطرابات الداخلية إلى جانب عمليات إعادة التامين على الاستثمارات التي سبق تأمينها في ظل أنظمة الضمان الوطنية[2].

كمـــا اضطلعت منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية بمشاريع فردية وجماعية عديدة انتهت عام 1965 إلى تـــبني تقرير يتضمن إنشاء هيئة دولية لضمان الاستثمارات وقدمته إلا للبنك الدولي ليكون أساسا لمشروع اتفاقية يعدها لهذا الغرض،بعد أن يتولى دراسة تلك الاقتراحات واستكمال مناقشـــة وإعداد الجوانب الفنية والقانونية للاتفاقية الدولية حتى يتسنى تقديمها في صورتها النهائية

---

[1] سامي عفيفي حاتم. التامين الدولي. المرجع السابق ص.273.

[2] انظر الوثيقة المقدمة بعنوان: بحث في نظم الضمان. الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية.المرجع السابق ص49-51.

للدول الأعضاء للاطلاع عليها وإبداء ملاحظاتهم حول بنود مشروع الاتفاقية المتضمن إنشاء نظام الضمان الدولي. وقد لقيت هذه الفكرة أيضا،دعما من مؤتمر التجارة و التنميةunctad في اجتماعه الأول بجنـيف عام 1964 الذي طالب من البنك الدولي ضرورة الإسراع في استكمال دراسة المقـترحات المقدمة إليه المتعلقة بإنشاء وكالة دولية لضمان الاستثمار[1]، وخلال الفترة الممتدة بين سـبتمبر 1965 وفبراير 1972 تم إعداد ثلاث مسودات مشاريع اتفاقية تخص إنشاء وكالة دولـية لضمان الاستثمار الدولي.وقد أرسلت مشاريع هذه الاتفاقية إلى حكومات الدول الأعضاء لإبـداء ملاحظـاتهم ومقترحاتهم حولها وكان ذلك عام 1973،[2]لكن تأخر البعض عن الرد و امتـناع الـبعض الآخر وظهور مقترحات مضادة من البعض الآخر حال دون الوصول إلى إقرار مشروع الاتفاقية المقترح من البنك الدولي[3] .

غـير أن مسـاعي البنك لم تتوقف ففي عام 1981 قام السيد كلاوسن بإحياء الفكرة من جديـد في الاجتماع السنوي لمجلس محافظي البنك الدولي بدراسة جديدة تهدف أساسا إلى البحث في سبل دعم وتشجيع تدفق الاستثمارات نحو الدول النامية من خلال الضمانات المالية التي يقدمها نظام الضمان الدولي المراد إنشاؤه من خلال الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.[4]

وبعد الدراسة التي قام بها المختصون في البنك الدولي مع المديرين التنفيذيين،تم توزيع مشروع الاتفاقـية المعـدل عـام 1984 على الدول الأعضاء وقد أسفرت مشاورات حكومات الدول الأعضـاء خـلال الفـترة الممتدة من مارس 1985 الى سبتمبر 1985، على إقرار مشروع

---

[1] سامي عفيفي حاتم ..نفس المرجع السابق ص278.

[2] تـقدم المشـروع الأول للاتفاقية عام 1966 وعرض على لجنة المديرين التنفيذيين للبنك.وانتهت اللجنة في عام 1968 الى إعداد مشروع ثان ،أما المشروع الثالث فقد قدم في فبراير 1972.هشام صادق النظام العربي لضمان الاستثمار، معهد البحوث والدراسات العربية .المرجع السابق.117. وكذلك.سامي عفيفي حاتم التامين الدولي.المرجع السابق ص281.

[3] من بين اشهر المقترحات الرافضة للمشاريع الاتفاقية **المقدمة** من البنك الدولي ما تضمنه اقتراح وزير خارجية الولايات المتحدة الأمريكـية هيـنري كيسنجر في الاجتماع الرابع لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية المنعقد في نيروبي في شهر ماي 1976 ،ويتضـمن الاقتراح إنشاء (بنك الموارد الدولي international resource bank) تتقاسم راس ماله الـدول الصـناعية المتقدمة والدول الأعضاء في منظمة الاوبيك، لكن هذا الاقتراح لقي انتقادا شديدا من قبل الدول الأعضاء في منظمة الأوبك والدول المتقدمة الصناعية خاصة فرنسا.انظر سامي عفيفي .التامين الدولي المرجع السابق ص281.

[4] إبراهـيم شحاتة.تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.المجلة المصرية للقانون الدولي .العدد 41 سنة 1985 ..الجمعية المصرية للقانون الدولي.القاهرة.ص 187

الاتفاقية من قبل مجلس محافظي البنك الدولي في أكتوبر عام 1985 [1] الذي دعيت إليـــه الـــدول الأعضاء في البنك وسويسرا للتوقيع والتصديق عليه وتقرر بأن تصبح الاتفاقية سارية المفعـــول بعـــد التصديق عليها من قبل خمس دول من المجموعة الأولى،أي الدول المتقدمة و خمسة عشرة دولـــة مـــن المجموعة الثانية(الدول النامية) بشرط أن تبلغ مساهمات مجتمعة ثلث راس مال الوكالـــة،و أصبحـــت الاتفاقية سارية المفعول ابتداء من عام 1987 [2] وانضمت إليها الجزائر بعدما صادقت عليها في أكتوبر عـــام 1995 [3]

الفرع الثـــاني

الإطار القانوني والتنظيمي للهيئة الضمان الدولية

إن شكل هيئة الضمان الدولية يخضع لاعتبارات موضوعية ترتبط أساسا بالدور المنوط بالهيئة،فإذا كان الأعضاء المؤسسون لها يريدون أن يجعلوا منها مجرد وكيل يعمل باسمهم ولحسابهم،فان الشـــكل القانوني الذي تتخذه الهيئة لا يغير من طبيعتها شيئا،لان الدول الأعضاء هي التي تتـــولى مســـؤولية الضمان باسمها ولحسابها ويكون دور الهيئة في عملية الضمان مجرد وسيط ينقل عبء الخسارة لغـــيره ليوزعها وفقا لما هو متفق عليه بين الأعضاء بالنظر الى مركز كل عضو داخل الهيئة و لا تكون للهيئـــة سلطة أو استقلالية في عمليات الضمان [4].

---

[1] لقد أسندت لجنة المديرين التنفيذيين للبنك الدولي عام 1985 الى الأستاذ/إبراهيم شحاتة نائب رئيس البنك ومستشـــاره العـــام لبحث مشروع اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.مني محمود مصطفى .الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي ودور التحكيم في تسوية المنازعات.المرجع السابق ص14.

[2] عاطف إبراهيم محمد .ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص109.

[3] انظر في ذلك: المرسوم الرئاسي رقم 95-345 المؤرخ في 30 أكتوبر 1995. ا لجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 66 الصادر في 5 نوفمبر 1995.

[4] لقد ذهبت بعض المشاريع الى الأخذ بمثل هذا الشكل من ذلك مثلا اقتراح تشارلز روبنسون الذي سبقت الإشارة إليه الذي يقـــول بوجوب قيام هيئات الضمان بدور الوسيط لذلك فهو يقترح إشراك جميع الوكالات الدولية والمؤسسات المسؤولة عن إدارة الـــبرامج الوطنية للضمان في مجلس الإدارة الهيئة الدولية للضمان المقترحة.سامي عفيفي حاتم.المرجع السابق ص 275و276.

أما إذا كانت الهيئة الضامنة هي التي تتولى عبء الضمان باسمها ولحسابها فان الشكل القانوني الذي تتخذه يكون ذا أهمية بالغة يستوجب مراعاة مدى تطابقه مع الغرض الذي وجدت من اجله[1].

ومما لا شك فيه ان الهيئة التي تتولى إبرام عقود الضمان على مسؤولياتها مباشرة تكسب ثقة المستثمرين المتعاملين معها لان ما يريده المستثمر هو وجود وسيلة محايدة يحصل من خلالها على التعويض في حالة تعرضه لأي ضرر يصيبه من جراء تحقق أي خطر من المخاطر المؤمن عليها،هذا الوضع يقتضي بطبيعة الحال تمتع الهيئة الضامنة باستقلالها المالي وبشخصيتها القانونية التي تخول لها حق القيام بعمليات الضمان باسمها ولحسبها بعيدا عن الأعضاء المؤسسين لها حتى لا يكون هناك تضارب بين مصالح الشخص المتضرر ومصالح الأطراف المتسببة في الضرر لان الهيئة الضامنة تعتبر طرفا محايدا تجاه الدولة العضو والمستثمر المضمون.

أما إذا كانت عقود الضان تبرم على مسؤولية الدول الأعضاء دون أي التزام، من قبل الهيئة الوكيلة، ففي ذلك فيه خطر على مصير الاستثمارات المضمونة،خاصة إذا كانت الدول التي تتولى ترشيح الاستثمار المضمون لا تملك موارد مالية كافية لتعويض المستثمر المتضرر عند وقوع الخطر المضمون باعتبار أنها ا لمتحمل لعبء الضمان ،مما يجعل المستثمر لا يطمئن لمثل هذا النوع من هيئات الضمان الدولي.

كما أن حساسية بعض الدول تجاه بعض الاستثمارات قد يؤدى إلى عرقلة تطبيق نظام الضمان الدولي وتعطيل ديناميكية تنقل رؤوس الأموال وهي نتيجة معاكسة لما يسعى إليه نظام الضمان فقد جاء في نص المادة الثانية من الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار،

---

[1] انظر في ذلك مشروع منظمة التعاون والتنمية الاقتصادية المقدم من قبل الأستاذ مينسحر حيث ينص المشروع على وجوب دفع الدول الأعضاء لحصصها في رأسمال الهيئة الدولية للضمان وذلك على شكل أقساط كي تتمكن الهيئة من مواجهة لالتزاماتها في عمليات ضمان الاستثمار وتنشئ الهيئة رسما مناسبا على تامين كل خطر وتلتزم بتكوين احتياطي مناسب لكل عملية من عمليات ضمان تقوم بها وللهيئة أن تقبل الهبات والمنح من أي مصدر كان عاما أم خاصا وتدخل الأموال المحصل عليها في رأسمال الهيئة.انظر في ذلك بحث في نظم الضمان.المرجع السابق ص 50- 53.

إن هـــدف الوكالـــة هو تشجيع تدفق الاستثمارات للأغراض الإنتاجية فيما بين الدول الأعضاء والدول النامية على وجه الخصوص مقابل توفير ضمان للمستثمر ضد المخاطر غير التجارية(1)[1] .

لذا فان مسالة اختيار الشكل القانوني لهيئة الضمان ليست قضية شكلية تتعلق بالإطار التنظيمي الـــذي يختاره لها أطرافها،بل قضية موضوعية تتعلق أساسا بكيفية تمويل عمليات الضمان وبتحديد مسؤولية الجهة الضامنة،وانطلاقا من هذا التصور لهيئة الضمان فانه يمكن القول بان الشكل القانوني الذي تتخذه هيئة الضمان الدولية لا يخرج عن أحد الافتراضين التاليين:

-الافـــتراض الأول: أن تتخذ الهيئة الضامنة شكل جهاز تنسيقي تشاوري يعمل باسم الدول ولحســـابها ولا يـــتحمل مسؤولية الضمان وفي هذه الحالة قد لا تكون لهذه الهيئة شخصية قانونية متمـــيزة عن شخصية الأعضاء لأنه من صفات الشخصية القانونية للشخص القانوني أن تكون له أهلـــية اكتســـاب الحقوق والتحمل بالالتزامات والقيام بالتصرفات القانونية باسمه ولحسابه.[2] وإذا ثبتـــت لهيئة الضمان هذه الصفات فان ذلك يعني تحملها تبعات المسؤولية القانونية تجاه المستثمرين الذيـــن تـــتولى ضـــمانهم وتعويضهم عن الأضرار التي تصيبهم من جراء تحقق خطر من الأخطار المشمولة بالضمان .

أمـــا إذا كانت الهيئة الضامنة لا تتحمل أية مسؤولية فان ذلك يعني أنها مجرد جهازا وتنظيم أداري وهي الصورة التي اخذ بها مشروع الوكالة الدولية للضمنا قبل تعديله في ظل الاتفاقية الحالية للوكالة حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة الرابعة من المشروع المقدم آنذاك على أن الوكالة تقوم بعملياتها باعتبارها وكيلة عن الأعضاء و لاتملك رأسمال مستقل وان الرسوم المحصل عليها غير كافية لتغطـــية نفقاتها الإدارية فان عبء الالتزام بتغطية نفقات الضمان يقع على الدول المؤيدة للاستثمار المضمون[3].

كما حدد مشروع الوكالة آليات تعويض المستثمر حالة تعرضه لأي خطر من الأخطار المضمونة على أساس تضامني فيما بين الدول المرشحة للاستثمار موضوع الضمان دون تحميل هيئة الضمان

---

[1] المادة 2 ف/أ من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان

[2] صلاح الدين عامر المشروع الدولي العام.دار الفكر العربي.مطبعة جامعة القاهرة 1978 ص216

[3] راجع في ذلك: بحث في نظم الضمان.المرجع السابق ص64

الدولـــية مســـؤولية ذلـــك[1]،وبما أن هيئة الضمان تعتبر شخصا غائيا وجد لأداء غاية محددة فان تجـــريدها من مسؤولية تبعات الضمان تجاه المستثمرين المضمونين يجعلها مجرد هيئة شكلية لا هيئة ضـــمان فعلية،حتى وان اعترف لها بالشخصية القانونية لان صفة الشخص الاعتباري تتحدد بالغاية التي وجد من اجلها وليس بوجوده في ذاته

الافـــتراض الثاني: أن تتخذ فيه هيئة الضمان الدولية شكلا مغايرا للشكل الأول حيث يكون لهـــا راس مال مستقل يقسم إلى حصص تكتتب فيه الدول الأعضاء كل حسب النسبة المحددة له وتكـــون للهيئة ذمة مالية مستقلة عن ذمة أعضائها ولها شخصية قانونية تؤهلها للقيام بالتصرفات القانونـــية باسمها ولحسابها وقد أخذت اتفاقية الوكالة الدولية للضمان بهذه الصيغة خلافا لصيغتها القديمـــة الـــتي كانت عليها قبل التعديل،ذلك أن النص الجديد للاتفاقية،[2]يجعل من الوكالة الدولية للضـــمان مـــنظمة دولية تتمتع بالشخصية القانونية الدولية في ظل قواعد القانون الدولي والقوانين الوطنـــية لأعضائها[3]كما أن الرأي الغالب في الفقه يقضي بمنح وصف الشخصية القانونية الدولية للمـــنظمة الدولية،ولو انه يقر بأنها شخصية قانونية من نوع خاص توحي الى الاعتراف للمنظمات الدولـــية بممارســـة وظائفهـــا على النحو الذي قصدته الدول الأعضاء،وان كل ما يعنيه ذلك هو الاعـــتراف لها بإمكانية اكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات في حدود ممارستها لوظائفها، لذلك

[1]تتحمل الدولة التي أيدت الاستثمار بنسبة 25./. من الخسارة و وتقتسم باقي الدول المرشحة للاستثمار وهي الدول المصدرة لراس المال النسبة الباقية والمقدرة بـــ 75./. لكل بنسبته ما رشحه من استثمار. انظر:بحث في نظم الضمان.المرجع السابق ص65.

[2]المـــادة الأولى الفقـــرة(ب) تتمتع الوكالة بالشخصية القانونية الكاملة،وعلى وجه الخصوص بأهلية:التعاقد،تملك الأموال الثابتة والمنقولة والتصرف فيها،واتخاذ الإجراءات القضائية.

[3]أمـــا صفة الوكالة كمنظمة دولية فيمكن استخلاصها من نصوص الفصل السابع من الاتفاقية المنشئة للوكالة حيث تنص المواد 43، 46، 45 ، 44 عـــلى تمتع الوكالة في أراضي كل من الدول الأعضاء بالحصانات والامتيازات المنصوص عليها في المواد المشـــار إليها وتتمتع ممتلكاتها وأصولها حيثما وجدت وكيفما كان حائزها، بالحصانة من كافة أنواع الاستيلاء أو الحجز والتنفيذ وتعفـــى مـــن جميع القيود والإجراءات والرقابة على الصرف و الضريبة والرسوم،كما يتمتع موظفو الوكالة وأعضاء مجلس إدارتها ومن ينو بهم بالحصانة من الدعاوى القضائية فيما يتعلق بالأعمال التي يقومون بها في مباشرة وظائفهم الرسمية(المادة 48).انظر في ذلك:إبراهيم محمد العناني.دراسات في القانون الدولي الاقتصادي الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. ط 1990 ص128

فـــان شخصـــية المنظمات الدولية توصف بأنها شخصية وظيفية وأنها محددة بحدود مقدار وطبيعة الوظائف الموكلة لها[1]

إن الوضـــع القانوني للوكالة كشخص دولي متميز عن شخصية الدول الأعضاء المؤسسين لها يقتضي بان تكون لهذه الهيئة ذمة مالية مستقلة ورأسمالها الخاص، بحيث يمكن لها أن تقوم بضمانات باسمهـــا ولحسابها كما جاء ذلك في نص المادة الخامسة خلافا لمقترحات البنك الدولي السابقة التي كانـــت تقضـــي بـــان تكـــون الوكالة مجرد وكيل في عملياتها نيابة عن الدول الأعضاء المؤيدة للاســـتثمارات المرشـــحة للضمان،وبذلك يكون لشكل هيئة الضمان المقترحة أهمية بالغة في نظام الضمان المستهدف وفي مدى استقلاليته عن الاعتبارات السياسية.[2]

الفـــرع الثـــالث

راس مال الوكالة وتكوين احتياطها

تقضـــي الاتفاقية بان يكون للوكالة رأسمالها الخاص،وحدد سقفه بـــ:بليون دولار(ألف مليون دولار) يقســـم إلى اســـهم تطرح لاكتتاب فيها من قبل الدول الأعضاء كل بحسب الأسهم التي يمتلكها العضو

في رأس مـــال البـــنك[3] ويعـــني ذلك أن العضو في الوكالة ينبغي أن يكون عضوا في البنك الدولي،غـــير أن العضـــو في البنك ليس ملزما بان يكون عضوا في الوكالة إذ ليس ثمة التزام على أعضـــاء البـــنك بالانضمام الإجباري إلى عضوية الوكالة[4] مما يؤكد بان الوكالة الدولية للضمان

---

[1] صلاح الدين عامر.المشروع الدولي العام.المرجع السابق ص 226و227.

[2] إبراهيم شحاتة.تعليق على نظام نشاء الوكالة الدولية للضمان.المرجع السابق ص189

[3] طبقا للموا د(5أ)و(7)و(8أ) فان رأسمال الوكالة مقسم الى مائة ألف سهم بقيمة اسمية قدرها عشرة آلاف من حقوق السحب الخاصـــة لكل منها تكتتب فيها الدول الأعضاء حسب مركزها في البنك يدفع كل عضو 10./. فقط من قيمة الأسهم المكتتب فيها نقدا و10./.أخرى في شكل سندات تستحق الدفع نقدا قابلا للتحويل الحر ذا دعت حاجة الوكالة لذلك للوفاء بالتزاماتها المالية،لكنه يجوز للدول النامية الأعضاء أن تدفع بعملاتها نسبة لا تتجاوز 25./. من قيمة الاكتتاب الواجب الدفع نقدا ولا يجوز أن يقل عدد الأسهم التي يكتتب فيها العضو عن 50 سهما.

[4] تنص المادة الرابعة فقرة(أ) على أن(العضوية في الوكالة مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في البنك وسويسرا)وهذا يعني أن العضوية في الوكالـــة مرتـــبطة ارتباطا وثيقا بالبنك الدولي وليست لها صلة بالأمم المتحدة وتنطوي عضوية الوكالة على طائفتين من الدو

جـــاءت لـــتكمل دور البنك في مجال التنمية كما عبرت عن ذلك صراحة المادة الثانية بنصها على أن(هـــدف الوكالـــة هـــو تشـــجيع تدفـــق الاســـتثمارات للأغراض الإنتاجية،فيما بين الدول الأعضاء،تكملة لأنشطة البنك الدولي للإنشاء والتعمير) ويتضح من نص الفقرة السابقة إن أهداف الوكالة تكمن في هدفين أساسيين هما:

-إزالة مخاوف المستثمرين من خلال عمليات الضمان التي تقدمها الوكالة ضد الأخطار التي تعترض استثمارا قمم وتبديد مخاوفهم.

-تشجيع تدفق راس المال والتكنولوجيا بغرض المساهمة في مجال التنمية.

لذلك تشترط الاتفاقية بان يكون الاستثمار المضمون من نوع الاستثمار المخصص للإنتاج لا انه لا ينبغي أن يفهم من ذلك حصر عمليات الوكالة في قطاع التصنيع. ولتحقيق الهدفين السابقين تقوم الوكالة بتقديم خدمات بهدف زيادة حجم الاستثمارات من خلال نشر البحوث والمعلومات حـــول فرص الاستثمار وترويجه وتقديم المعونات الفنية والخدمات الاستشارية كإسداء لمشورة فيما يـــتعلق بـــإعداد قوانين الاستثمار وحوافزه ومساعدة الحكومات في تحليل ودراسة محتوى اتفاقيات حمايـــة وضمان الاستثمار القائمة أو المزمع بإبرامها،قصد خلق مناخ استثماري يجنب الهيئة الضامنة الـــلجوء الى استعمال رأسمالها غير المدفوع خاصة وان تجربة مؤسسات الضمان الوطنية والإقليمية ومؤسسات التامين الخاصة أثبتت عدم لجوئها الى استعمال راس مالها غير المدفوع[1].

الأعضـــاء الطائفـــة الأولى المحـــددة في الجدول(أ) من الاتفاقية وتضم الدول المتقدمة وتعتبر أعضاء أصليين إذا ما تم انضمامها قبل 30 أكـــتوبر مـــن عـــام 1987 وهي الدول الأعضاء في السوق الأوروبية المشتركة واستراليا وكندا واليابان وجنوب إفريقيا والولايـــات المتحدة الأمريكية. أما دول الطائفة الثانية فهي الدول النامية وعددها 128 دولة وتضم الصين والهند والدول العربية ودول وســـط وجـــنوب أمريكا اللاتينية.وتعتبر الجزائر من دول الفئة الثانية ويبلغ عدد الأسهم التي اكتتبت فيها 649 سهما من الملاحظـــة أن هـــناك دولا لا يتعدى نصيبها من الأسهم المكتتب فيه الحد الأدنى المحدد في الاتفاقية والمقدر ب50 سهما ومن بين تلك الدول الرأس الأخضر،جزر القمر،دومينيكان، غينيا الاستوائية غامبيا،ساوتومي و برامنسيب وغيرها. (انظر الملحق الأول من وثـــائق اتفاقـــية الوكالة) . وإذا كان الانضمام لعضوية الوكالة مفتوح للدول فان الانسحاب منها ممكنا أيضا شريطة أن ينتظر العضـــو المنسحب مرور 3 سنوات على انضمامه للوكالة ولهذه الأخيرة أيضا أن توقف عضوية أية دولة أخلت بالتزاماتها وتبقى الدولـــة الموقوفـــة محملة بكافة الالتزامات خلال مدة الوقف. مني محمود مصطفى.الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي.المباشر المرجع السابق.ص21 ، 20

[1] إبراهـــيم شـــحاتة.تعلـــيق عـــلى إنشـــاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المرجع السابق ص205 .أنظر أيضا: مني محمود مصطفى.الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر.المرجع السابق ص18.

وقـــد دفع هذا الوضع بالوكالة الدولية للضمان بان تباشر نشاطها وفق الأساليب التجارية و أصــول الإدارة الماليــية حفاظــا على قدرتها في مواجهة التزاماتها المالية،كما انه من بين الأهداف الأساســية الــتي توخــتها الاتفاقية من خلال نص المادة 27 أ ضرورة تخصيص مداخيل الوكالة لــتكوين احتياطي يقدر بقيمة خمسة أضعاف راس المال المكتتب فيه[1] ولبلوغ هذه الغاية وتحقيق الاكــتفاء الــذاتي من الموارد المالية للوكالة يتعين عليها أن تتقاضى أقساطا ورسوما عن عمليات الضمان التي تقوم بها حسب كل نوع من أنواع المخاطر،ولها كل السلطة التقديرية في تحديد قيمة تلــك الأقســاط والرسوم كما تنص على ذلك المادة السادسة و العشرون[2].غيران الوكالة ليست طليقة اليدين في هذا الشان بل لابد عليها من مراعاتها لأمرين أساسيين والتوفيق بينهما من خلال:

-اعــتمادها على مواردها في تغطية احتياجاتها ومواجه التزاماتها كهيئة ضمان تتمتع بشخصية قانونية وذمة مالية مستقلة مما يجعلها مسؤولة مباشرة عن التزاماتها.

-العمـــل على دفع عجلة الاستثمار باعتبار ذلك الهدف المتوخى من نظام الضمان،ولن يتأتى ذلــك إلا إذا كانت أقساط الضمان في متناول المستثمرين ومنافسة للأقساط التي تعرضها مختلف هيئات الضمان الأخرى وطنية كانت أم إقليمية أم خاصة.

لذلــك جــاءت المــادة 25 مؤكدة على وجوب العمل وفق الأساليب التجارية،كما أن الاعــتماد على القدرات المالية وحده لا يكفي لمواجهة تعهدات الوكالة تجاه عمليات الضمان التي يفــترض أن تقوم بها لصالح 4/3 سكان العالم ما دامت الغاية من إنشاء الوكالة الدولية للضمان تتمــثل في تشــجيع الاســتثمارات الضرورية لتنمية الدول المتخلفة،مما يجعل الطلب على حجم الاســتثمار الوافد لهذه الدول كبيرا لا يمكن لأي هيئة ضمان أن تغطيه مهما كانت قدراتها المالية لأنه كلما زاد حجم الاستثمار كلما زادت احتمالات التعويض عن الأخطار ولو أن التجارب التي خاضتها هيئات الضمان أثبتت عمليا انه من غير المعقول أن تتحقق الخسارة في وقت واحد بالنسبة

---

[1] تــنص المــادة 27 أ (تخصــص الوكالة دخلها الصافي لتكوين احتياطات الى أن تبلغ تلك الاحتياطات خمسة أضعاف رأسمال المكتتب فيه)

[2] م/26 (تحــدد الوكالــة بصفة دورية أسعار الأقساط والرسوم والتكاليف الأخرى-إن وجدت- بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر)

لجميع المخاطر المؤمن عليها مرة واحدة[1] لكنه وتفاديا لاحتمالات الأخطار المتوقعة تبنت الاتفاقية مبدأ الوقاية والحذر فنصت المادة 22 أ على انه لا يجوز أن يتعدى مجموع المبالغ التي تلتزم الوكالة بالمسؤولية الاحتمالية عنها 150./. من راس المال المكتتب فيه وجزء من الاحتياطات .الى جانب سعي الوكالة الى إبرام اتفاقيات مع الدول الأعضاء للتقليل من احتمالات وقوع الأخطار باعتبار أن للدول الأعضاء في الوكالة مصلحة مشتركة في ذلك،وانه من غير المقبول لدى البعض أن يقوم نظام الضمان على مجرد التخمين لذا فان التزام الدول من خلال إبرامها للاتفاقيات ثنائية والمتعددة الأطراف التي يكون موضوعها تحديد القواعد الموضوعية المتفق عليها مسبقا في معاملة الاستثمار أمرا إيجابيا يجنب الهيئة المخاطر الكبيرة التي يغطيها الضمان وتقتصر عندئذ التزامات الهيئة بتعويض حالات محدودة وبهذه النظرة الوقائية تكون الاتفاقية قد وفقت بين ما هو متاح من إمكانيات مالية والغاية المتوخاة من نظام الضمان الدولي للوكالة لان وجود مثل هذه القواعد سوف يشجع قدوم الاستثمار الى الدول التي تقبل .بمثل هذه القواعد مما يدفع بالدول الأخرى الى الانضمام والقبول بتلك القواعد الاتفاقية إن هي أرادت الاستفادة من الاستثمارات التي يغطيها نظام الضمان الدولي.

وقد حظي هذا الاتجاه بتأييد غالبية المستثمرين الذين تم استفتاؤهم من طرف البنك الدولي[2] ولو أن هناك من يرى أن هذا لاتجاه تنقصه الواقعية والموضوعية مستشهدين في ذلك بالمحاولات العديدة التي فشلت في التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية متعددة الأطراف فيما يتعلق بوضع قواعد موضوعية لحماية وضمان الاستثمار الدولي لذا يرى أصحاب هذا الموقف أن الوقت لم يحن بعد لإبرام مثل هذه الاتفاقيات[3] لكننا وان كنا نؤمن بصعوبة فكرة إبرام اتفاقية دولية متعددة الأطراف تشمل كافة الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال إن لم نقل باستحالتها مادامت هوة الخلاف كبيرة بين الدول النامية والدول المتقدمة حول مضمون القواعد الموضوعية لمعاملة الاستثمارات ومفهوم الحد الأدنى لهذه القواعد في نطاق القانون الدولي وارتباطها بالمصالح الخاصة لكل مجموعة، فانه من الممكن التوصل الى حد أدنى من القواعد الموضوعية في نطاق الاتفاقات

---

[1] إبراهيم شحاتة(تعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار)المرجع السابق ص200 .

[2] انظر:إبراهيم شحاتة .الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص106-107.

[3] حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق.ص227

الثنائية التي تبرمها الوكالة كهيئة دولية متخصصة في مجال الاستثمار مع الدول المضيفة،كما جرى العمل في أنظمة الضمانات الوطنية[1] وهذا ما توخته اتفاقية الوكالة من خلال ما ورد في نص المادة 23 ب التي تقضي بان يتعين على الوكالة أن لا تقوم بإصدار الضمانات الى حين وصولها الى اتفاق مع الدولة المستفيدة في حالة عدم توفر الحماية اللازمة في ظل قوانين الدولة المضيفة أو في ظل اتفاق حول معاملة الاستثمارات المشمولة بالضمان وحصولها على شرط الدولة الأولى بالرعاية.[2]

المطلب الثالث

الاستثمارات المؤهلة للضمان والمخاطر المغطاة

يقوم هذا لمطلب على فكرتين أساسيتين هما نوع الاستثمار الصالح للضمان والمخاطر لتي يشملها هذا الضمان،لذا سوف نتولى تقسيم هذا المطب إلى فرعين:

الفرع الأول

مفهوم وشروط الاستثمارات المؤهلة للضمان

يثير لفظ الاستثمار تساؤلا كبيرا فيما يمكن أن ينطوي عليه هذا المعنى،مما جعله يكتسب معنى يتراوح بين التضييق والتوسيع في نطاق مضمونه دون تحديد لمفهومه بدقة،وقد رأينا فيما سبق كيف أن الاتفاقيات الدولية تحاشت التطرق لموضوع تعريف الاستثمار مكتفية بسرد صور الأموال و الأشكال التي تدخل في مضمونه من خلال تعدادها لها دون تعريف أو حصر وذلك بحسب الحاجة.

وتتجه أنظمة الضمان الوطنية والدولية الى الأخذ بهذا الأسلوب بحيث لا يقتصر ضمانها على الاستثمارات النقدية،أو المادية،أو المنظورة،بل يشمل كل إسهام في أصول المشروع سواء كانت

---

[1] لقد بلغ عدد الاتفاقيات التي أبرمتها الولايات المتحدة في مارس عام 1964 حوالي 58 اتفاقية من بينها 13 اتفاقية أبرمتها مع الدول النامية تخص نظام الضمان الأمريكي.انظر في ذلك :سامي عفيفي حاتم التامين الدولي.المرجع السابق 242.

[2] تنص الفقرة الثانية من المادة 23 من اتفاقية الوكالة على(السعي إلى الدخول في اتفاقيات مع الدول النامية الأعضاء،وعلى وجه الخصوص الدول التي يتوقع أن تكون من الدول المضيفة،تكفل للوكالة في شان الاستثمارات التي تضمنها معاملة لا تقل تميزا عن افضل معاملة وافق العضو المعني على إضفائها على هيئة الضمان الاستثمار أو دولة من الدول بموجب اتفاقية تتعلق بالاستثمار،وتتعين موافقة مجلس الإدارة بالأغلبية الخاصة على الاتفاقية).

هـــذه الأصـــول مادية أم غير مادية وفي هذا السياق نصت المدة 12أ من اتفاقية الوكالة الدولية للضـــمان عـــلى أنواع الاستثمارات الصالحة للضمان من بين ذلك القروض ذات الأجل المتوسط والطويـــل والاستثمار عن طريق المساهمة في رؤوس أموال المشروعات وفي أصولها التي يكون فيها للمستثمر دور في التوجيه والتحكم في المشروع وغير ذلك من صور الاستثمارات التي تتخذ شكل الاســـتثمار المباشر ويوافق عليها مجلس الوكالة بالأغلبية الخاصة وتسهم في تنمية الدولـــة المضيفة وفقا للأولويات التي تتبناها هذه الأخيرة في نطاق برنامجها التنموي .

ونتـــيجة ورود مدلول الاستثمار المباشر كمدلول عام في نص اتفاقية الوكالة الدولية للضمان فانـــه عـــلى إدارة الوكالـــة الاسترشاد بالتعريف الذي تبناه صندوق النقد الدولي ،الذي يعرف الاستثمار الأجنبي المباشر بأنه(الاستثمار الذي يتم للحصول على مصلحة مستمرة في مشروع يقوم بعملياته في إطار اقتصاد خلاف اقتصاد المستثمر الذي يستهدف المستثمر به الحصول على الحق في القيام بدور فعال في إدارة المشروع"[1].

ومـــا يمكن استخلاصه من التعريف السابق،انه يدخل في مفهوم الاستثمار المباشر كافة صور الاستثمار النقدي والعيني كالآلات والخدمات والخبرة الفنية والتكنولوجية والامتيازات والتراخيص وغـــير ذلك، مما يجعل نطاق ا لضمان يمتد ليشمل جميع العناصر مادامت تدخل في دائرة الاستثمار المباشر،بل ولمجلس إدارة الوكالة أن يمنح الضمان لأي نوع اخرمن أنواع الاستثمار ماعدا القروض الـــتي لا ترتبط بالاستثمار مثل قروض الائتمان على الصادرات مهما كان مصدرها ونوعها خلافا لبعض أنظمة الضمان الوطنية[2].

إن إشكالية الضمان لا تتوقف عند حدود نطاق الاستثمار المشمول بالضمان بل يبقى التساؤل قائمـــا حـــول شروط صلاحية الاستثمار المشمول بالضمان وهل يتم بطريقة إلية أم لابد من توفر شروط معينة ؟

---

[1]انظر:إبراهيم شحاتة.مقال بعنوان(تعليق على اتفاقية الوكالة الدولية للضمان)المرجع السابق ص194

[2]بمقتضـــى القـــرار رقم 4 الصادر عن المؤسسة العربية للضمان في دورتها المنعقدة في 14 أكتوبر 1975 أصبحت قروض التصـــدير والاستيراد بين البلدان المتعاقدة مشمولة بضمان المؤسسة شريطة أن يتعلق القرض بتصدير واستيراد مواد أولية و سلع تم إنتاجها كليا أو جزئيا بإحدى الدول المتعاقدة.هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص133

حسب ما هو وارد في المادة 12د من اتفاقية الوكالة يتضح بان الشرط الأساسي لضمان أي استثمار ينبغي أن يكون جديدا بمعنى أن الوكالة لا تضمن الاستثمارات القائمة بل تضمن الاستثمارات التي ستقام،لان الهدف الذي وجد من اجله نظام الضمان الدولي،يتمثل في تشجيع تدفق الاستثمار إلى الدول المضيفة وبالخصوص الدول النامية لان امتداد الضمان الى الاستثمارات القائمة لن يضيف شيئا في حجم الاستثمار[1].

أما إذا كان الاستثمار يستهدف تطوير الطاقات الإنتاجية الموجودة و إعادة استثمار الفوائد المحصل عليها وكان من الممكن تحويلها خارج الدولة المضيفة فيمتد لها ضمان الوكالة.[2]

شرط السلامة الاقتصادية والمساهمة في تنمية الدولة المضيفة.

يعبر هذا الشرط أساسا عن الهدف المتوخى من نظام الضمان الدولي باعتباره نظاما مكملا للبنك الدولي وللهيئات التابعةله في مجال التنمية وخاصة تنمية القدرات الإنتاجية للدول النامية،كما تنص على ذلك المادة الثانية من اتفاقية الوكالة،إلا أن احتواء الاتفاقية على مثل هذا الشرط يدفع بهيأة الضمان إلى البحث المسبق في نوعية واثر الاستثمار المطلوب ضمانه وعن مدى قدرته على تنمية اقتصاديات الدولة المضيفة.[3] مما يجعل اقتصاديات الدول المضيفة للاستثمار معرضة للرقابة المستمرة للوكالة وللإعضاء ا لأساسيين الذين يسيطرون عليها الأمر الذي يؤدي إلى التدخل في الشؤون الاقتصادية للدول المضيفة و توجيه نشاطها الاقتصادي بحجة السلامة الاقتصادية ونجاعة الاستثمار المضمون.

بينما قد يكون الباعث في ذلك وجود خلفيات واعتبارات أخرى غير معلنة مما يعطي للوكالة الحق في قبول أو رفض تقديم ضمان استثمار رغم موافقة الدولة المضيفة على ذلك ،إذا لم تقتنع الهيئة الضامنة بالصفة الإنمائية للاستثمار،وكان من الأجدر على واضعي الاتفاقية الاكتفاء في هذا

---

[1] تتفق معظم أنظمة الضمان، بما في ذلك أنظمة الضمان الوطنية على هذا الشرط من ذلك مثلا يشترط نظام الضمان الياباني بان تكون الاستثمارات المؤهلة لمظلة الضمان الياباني جديدة أو استثمارات تساهم في توسع المشروعات القائمة لتحقيق طاقات إنتاجية جديدة.سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي.المرجع السابق ص 262و266.

[2] إبراهيم محمد العناني. دراسات في القانون الدولي الاقتصادي(الوكالة الدولية للضمان)المرجع السابق ص138 .

[3] تنص المادة 1ج من عقد ضمان الاستثمارات الخاص الذي وضعه لبنك الفرنسي للتجارة الخارجية أن تكون العمليات محل الضمان جديدة وان تكون منمية للطاقات الإنتاجية.عاطف إبراهيم . ضمانات الاستثمار...المرجع السابق ص 193.

الشـــان بمـــا تضمنته المادة 12 الفقرة د3 من الاتفاقية بان يكون الاستثمار محل الضمان مواكبا للأهداف والأولويات الإنمائية المعلن عنها من قبل الدولة المضيفة لأنه في مثل هذه الأوضاع تكون الدولـــة المضـــيفة صـــاحبة السلطة في تقرير مدى صلاحية الاستثمار وقدرته على تنمية الطاقات الإنتاجـــية المـــتوخاة. كما يعفي الهيئة الضامنة من الدخول في متاهات البحث عن مدى صلاحية اســـتثمار مـــا في تنمية اقتصاديات دولة ما من الدول،مما قد يؤدي الى خلق صراعات داخل هيئة الضمان قد تزيد من حدة مخاطر الاستثمار التي هي في غنى عنها[1].

أما النص صراحة على وجوب مراعاة مناخ الاستثمار كشرط لقبول الاستثمار المضمون كما جـــاء ذلك في الفقرة د4 من المادة الثانية عشر[2]فيراه البعض بأنه شرط غير ملائم حتى و إن كان واقعا لا يمكن تجاهله لأنه قد يؤدي الى توسيع سلطة الهيئة الضامنة في تقدير قبولها ورفضها لضمان أي اســـتثمار بحجـــة أنها لا تنظر بعين الرضا للمناخ الاستثماري في الدولة المضيفة كموقف معلن ،بينما يكون الرفض راجعا لاعتبارات أخرى مما قد يجعل الهيئة الضامنة تحيد عن أهدافها وغاياتها[3]

شرط الجنسية:

لكـــي يحظـــى الاســـتثمار بضمان الوكالة الدولية يجب أن يكون مملوكا لأحد رعايا الدول الأعضاء في الوكالة الدولية للضمان،ومؤدى هذا الشرط أنه يقصر نشاط وفوائد هيئة الضمان على الاستثمارات التابعة للدول التي أسهمت في تمويلها وتحملت مخاطرها.

وتـــتفق هـــذه الفكرة مع الشرط الذي تضمنته كافة نظم الضمان الوطنية والمتمثل في شرط الجنســـية[4].أي أن يكون المستثمر متمتعا بجنسية الدولة العضو في هيئة الضمان وهذا ما نصت عليه المـــادة 13 مـــن اتفاقية الوكالة الدولية للضمان التي اشترط للتمتع بصلاحية الضمان أن يكون المســـتثمر متمـــتعا بجنسية دولة عضو غير الدولة المضيفة،وفي حالة تعدد جنسية المستثمر فانه يعتد

---

[1]تنص المادة 12 فقرة د3 على(مواكبة الاستثمار للأهداف الإنمائية المعلنة للدولة المضيفة)

[2]تـــنص الفقـــرة د4 مـــن المادة 12 على(ظروف الاستثمار في الدولة المضيفة بما في ذلك توفر المعاملة العادلة والحماية القانونية للاستثمار)

[3]إبراهيم شحاته .الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص84

[4]هشام صادق.مقال بعنوان:النظام العربي لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص146.

بجنسية الدولة العضو وان جنسية هذه الأخيرة تحجب جنسية الدولة غير العضو،هذا بالنسبة للشخص الطبيعي .

أما بالنسبة للشخص الاعتباري، فيجب أن يكون قد تأسس طبقا لقانون دولة عضو أو أن يكون مقر عماله الرئيسي قد تأسس في تلك الدولة،أو أن أغلبية راس ماله مملوكة لعضو أو اكثر أو لمواطني تلك الدولة أو الدول شريطة أن لا تكون الدولة العضو في أي من الحالات المذكورة هي الدولة المضيفة .وبذلك تكون الاتفاقية قد تصدت لتحديد المعيار الواجب الاتباع للكشف عن جنسية الشخص الاعتباري دون أن تترك تحديد مدى انتماء الأشخاص الاعتبارية للقوانين الداخلية للدول المتعاقدة،جاعلة منه حكما اتفاقيا يسمو على أحكام القوانين الداخلية تلافيا للخلافات الفقهية والتشريعية التي قد تؤدي الى تعدد جنسية الشخص الاعتباري أو انعدامها،وتجنبا لمثل هذه المشاكل أخذت الاتفاقية بمعيار موحد مستهدفة من وراء ذلك الكشف عن الارتباط الفعلي للشخص الاعتباري بالاقتصاد الوطني لدولة محددة،ومن ثم فهي لم تهتم بارتباط الشخص الاعتباري بمفهوم الجنسية كرابطة قانونية مجردة بقدر اهتمامها بتحديد انتمائه لمجموع الدول الأعضاء في الاتفاقية[1] باعتبار أن الهدف هو دعم العلاقة الاقتصادية وما يؤكد هذا التفسير أيضا هو ما ذهبت إليه الفقرة ج من المادة 13 لاتفاقية الوكالة من امتداد ضمانها الى شخص طبيعي أو اعتباري ينتمي الى جنسية الدولة المضيفة شريطة أن تكون أصول الأموال المستثمرة قادمة من خارج الدولة المضيفة ،بحيث تعامل أموال هذا الشخص كاستثمار أجنبي فالعبرة بالمال وليس بمن يملكه ولو أن ما جاءت به الفقرة ج السالفة الذكر يعد استثناء للقاعدة العامة التي تقضي بان يكون المستثمر من غير مواطني الدولة المضيفة،لكنه مادام الاستثناء يتماشى مع هدف الوكالة الأساسي وهو زيادة انتقال رؤوس الأموال إلى الدول النامية،خاصة وان كثيرا من رعايا هذه الدول يقيمون خارج بلدانهم ويملكون أصولا ضخمة يمكن استثمارها،بل وتكون فرصة لاسترجاع رؤوس الأموال التي سبق تحويلها من الدولة المضيفة الى الخارج،بل يقرر البعض أن وجود مثل هذا الشرط يجنب مثل هؤلاء المستثمرين فكرة التحايل عن طريق تكوين شركة في الخارج تحمل جنسية أجنبية وتتقدم بطلب الضمان باسمها وهو تحايل يجدر بالاتفاقية تفاديه[2]

[1] انظر في ذلك إبراهيم شحاته .الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص90 .

[2] إبراهيم شحاته.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية. المرجع السابق ص91.

شرط موافقة الدولة على الاستثمار المضمون.

لكــــي يكـــون الاســـــتثمار صالحا للضمان تشترط هيئات الضمان،بان توافق الدولة المضيفة للاستثمار على ذلك ،وقد تضمنت اتفاقية الوكالة الدولية للضمان نصا بهذا المعنى ،كما جاء ذلك في المادة 15 "لا يجوز للوكالة أن تبرم عقدا للضمان قبل موافقة الدولة المضيفة على قيام الوكالة بضـــمان الاستثمار ضد المخاطر المطلوب تغطيتها" وما تجدر ملاحظته على هذا النص نه لم يكتف بتنفيذ الاستثمار كقرينة على موافقة الدولة المضيقة ،إنما اشترط الموافقة الصريحة على ذلك من قبل الدولـــة المضيفة،لكي يستفيد الاستثمار من ضمان الوكالة،ويعتبر البعض أن موافقة الدولة المضيفة على ضمان الاستثمار يعد بمثابة قرينة على فائدة الاستثمار للتنمية الاقتصادية لتلك الدولة[1].غير أن هـــذه القريـــنة تبقى نسبية مادامت هيئة الضمان تستطيع أن ترفض تغطية الاستثمار رغم موافقة الدولة المضيفة، إذا ما قدرت الهيئة الضامنة عدم جدوى وسلامة الاستثمار، أو إذا رأت عدم تماشي قوانـــين ولوائـــح الدولة المضيفة مع ما تتوخاه الوكالة من ضمانها للاستثمار الأجنبي بتوفير المعاملة العادلـــة والحماية القانونية اللازمة لذلك،لان توافر مثل هذه الشروط يزيد من ثقة الهيئة الضامنة بشان سلوك الدولة المضيفة إزاء الاستثمار المضمون،حتى وان كان ذلك من الناحية الأدبية إن لم يكن كالتزام قانوني. رغم أن الموافقة الصريحة قد تتسبب في تأخير الاستثمار وتعقيد الإجراءات،مما قد يستغرق وقتا لا يقبله المستثمرون، كما أن رد الدولة المضيفة قد يكون غير إيجابي.

وتفاديـــا لمثل هذه السلبيات يقترح البعض بان تتقدم الهيئة الضامنة بطلبات الموافقة لحكومة الدولة المضيفة مع تحديد موعد قصير لها،وافتراض الموافقة لكل دولة لا تعترض عن ذلك خلال مدة محـــددة، والاكتفاء بموافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار الأجنبي على إقليمها،دون الاشتراط على تنفيذ عمليات الضمان بذاتها[2].

ا ن العمل بمبدأ الموافقة المفترضة للدولة المضيفة يبدو لنا غير ممكن لأننا إذا رجعنا إلى اتفاقية الوكالـــة الدولية للضمان نجد بان هناك شروطا أخرى تشترطها الاتفاقية قبل الشروع في الضمان وهذه الشروط لا تتوقف على إرادة الدولة المضيفة للاستثمار المضمون بقدر ما تتوقف على إرادة الهيئة الضامنة، كتلك التي نصت عليها الاتفاقية في المادتين 12 و23. اللتان تخصان الحد الأقصى

---

[1] هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر التجارية.المرجع السابق ص138

[2] إبراهيم شحاته.الضمان الدولي للاستثمارات الأجنبية.المرجع السابق ص93

لسقف الضمان المخول للوكالة حفاظا على توازنها المالي وحجم عمليات الضمان الذي تتولى الهيئة ضمانه ونوع الاستثمار وطبيعته ودرجة المخاطر المحتملة والظروف المناخية للدولة المضيفة.

كمـــا أن الموافقة على الاستثمار لا تقتصر على الدولة المضيفة بل تشمل أيضا الدولة المصدرة لـــراس المـــال إذا مـــا تعلـــق الأمـــر بالاستثمارات المؤيدة الواردة في نص المادة **24** من اتفاقية الوكالة،بعنوان ضمانات الاستثمارات المؤيدة.[1]

وتتـــلخص فكـــرة هذا النوع من الضمان،في طلب الدولة العضو من الوكالة القيام بضمان اســـتثمار تلتزم فيه بتحملها للخسارة المحتملة بقيمة الضمان الذي تؤيده،وتنفيذا لذلك فان الوكالة تقوم بدور الوسيط نيابة عن الدول المؤيدة ويعهد لها الاحتفاظ بالأقساط والموارد الناجمة عن ضمان الاســـتثمارات المؤيدة في حساب منفصل عن حساب الوكالة يسمى صندوق الاستثمارات المؤيدة ولا تكـــون الوكالـــة مسؤولة في أصولها عن عمليات التأييد في حالة استنفاذ موارد الصندوق ،بل يلتزم الأعضاء المؤيدون للاستثمار بالمشاركة في تحمل الخسارة الناشئة عن الضمان، على أن تكون نسبة تحمل الخسارة متناسبة مع نسبة الاستثمارات المؤيدة بالنسبة لكل عضو[2]غيران إعفاء الوكالة مـــن مســـؤولية تحمـــل خسارة الاستثمار المؤيد لا يعفيها من مباشرة سلطتها التقديرية في إصدار ضـــمانات لفائدة عضو مؤيد لاستثمار ما بعد التأكد من استعداد العضو على الوفاء بالتزاماته تجاه الاستثمارات المؤيدة من طرفه[3].

كمـــا يكون للدولة المضيفة الحق في المشاركة في تأييد الاستثمار،وقد يعتبر ذلك تأكيدا على أهمية الاستثمار بالنسبة لها ،كما يعتبر ضمانا إضافيا للدول المؤيدة للاستثمار ويساعد على التقليل

---

[1]القـــد وردت هـــذه الفكرة في المشاريع المقترحة على البنك الدولي أثناء دراسته لهيئة الضمان الدولية المزمع إنشاءها ومحتوى الفكر آنـــذاك أن تنشا هيئة دولية تكون عضويتها مفتوحة لجميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة ومحكمة العدل الدولية ولا تقتصر العضوية فـــيها على الدول الأعضاء في البنك الدولي كما هو الشان عليه الآن،على أن يميز بين الأعضاء المؤيدين للاستثمار وهي الدول المصدرة لرؤوس الأموال الذين يتحملون لوحدهم مسؤولية الضمان والدول المضيفة التي لا تتحمل أعباء الضمان.وتكون الوكالة بمثابة الوسيط بـــين المجموعـــتين.وهـــي الفكرة التي أخذت بها الوكالة كعمل مكمل لها الى جانب عمليات الضمان التي تقوم بها تحت مسؤوليتها وخسابها.راجع في ذلك:بحث في نظم الضمان.المرجع السابق ص57

[2]تنص الفقرة الثانية من المادة 6 من الملحق(1) من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان لا تكون الوكالة مسؤولة في اصلها الخاصة عن أي ضمان أو إعادة تامين ما يتم إصداره طبقا لهذا الملحق.)

[3]المادة الأولى فقرة ج من الملحق(1)لاتفاقية الوكالة.

مــن احتمالات المخاطر،لذا فان هذا الأسلوب من الضمان لا يشترط فيه بأن تكون الاستثمارات المؤيــدة مملوكــة لرعايا الدول الأعضاء،فالدولة العضو قد تؤيد الاستثمار بغض النظر عن جنسية المستثمر المضمون.

كما انه يمكن لنظام التأييد أن يوفر الضمان لاستثمارات رعايا الدول التي لا تتوفر على أنظمة وطنــية للضــمان ،ويمكن له أيضا أن يوفر الضمان لمستثمري الدولة المضيفة إذا ما كانت أموالهم قادمــة مــن الخارج،وان يقدم الحماية للاستثمارات التي قد تتم في غير الدول النامية خلافا لنظام الضــمان المعتمد من قبل الوكالة ،وتبرير امتداد نظام الضمان الى الاستثمارات التي تتم في الدول المــتقدمة يقــوم على أساس أن هذا النوع من الضمان لا يمس بالقدرة الائتمانية للوكالة مادامت الــدول المرشحة هي التي تتولى عبء الضمان، مما يبقي على قدرتها في المحافظة على استمرار تقديم ضماناتها للاستثمارات الموجهة للدول النامية[1]،ويقوم نظام تأييد الاستثمار المضمون على خصائص تميزه عن نظام الضمان في الوكالة بما يلي:

-شمولية التغطية من حيث النطاق المكاني إذ يمتد نظام التأييد الى كافة الاستثمارات دون تحديد لطبيعة الدولة إن كانت نامية أو متقدمة

-عدم وجود سقف يحدد حجم الاستثمار المؤيد.

-إن أية عملية تأييد يجب أن يراعى فيها أصول الإدارة المالية والتجارية السليمة.

-أن لا تكــون عملــيات التأييد للاستثمار المضمون اقل سلامة من الضمانات التي تتولاها الوكالة.

وفي تقديــرنا أن اخــذ الوكالة بأسلوبي، نظام الضمان الخاص الذي تقوم به لحسابها،ونظام التأييد الذي يتولاه الأعضاء باسمهم ولحسابهم، إنما جاء كتوفيق بين الاقتراحين اللذين سادا المشاريع المختلفة التي عرضت على المديرين التنفيذيين للبنك الدولي منذ تبنيه فكرة إنشاء نظام دولي للضمان ،حيــث تراوحت المقترحات بين فكرة إنشاء وكالة دولية للضمان تعمل باسمها ولحسابها ووكالة

[1] انظــر في ذلــك:عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص196-197. وكذلك:إبراهيم شحاته تعليق على اتفاقية الوكالة الدولية للضمان.المرجع السابق ص204.

تـــنوب عـــن أعضائها وقد أخذت الاتفاقية بالاتجاه الأول دون أن تهمل العمل بالاتجاه الثاني في الحـــدود التي لا تتعارض مع الاتجاه الأول، آخذة بعين الاعتبار مصالح جميع الدول المتعاقدة. لان الضـــمان الـــذي تقوم به الوكالة يفترض فيه انه يحقق مصالح الدول النامية لأنه يوفر لها المزيد من اســـتثمارات، بيـــنما نظـــام التأييد يقوم على افتراض مفاده أن للدول المؤيدة مصلحة في تشجيع اســـتثماراتها بالخارج،كحصـــولها على المواد الأولية و أسواق خارجية، تحققا لمصالحها السياسية والاقتصادية تأسيسا على ما تقوم به هيئاتها الوطنية للضمان وإلا كيف يفسر استمرار وتزايد هذه الهيئات على المستوى الوطني للأغلبية الدول المصدرة الاستثمار.

الفـــرع الثـــانـــي

أنواع المخاطر التي يغطيها نظام الوكالة

لقـــد حرصـــت اتفاقـــية الوكالـــة الدولية للضمان على استبعاد المخاطر التجارية من نطاق ضمانها،وهذا أمر طبيعي لان المستثمر رجل أعمال وله أن يتحمل تبعة أعماله التجارية، أما بالنسبة للأخطار التي تخرج عن إرادته فلا يجوز تحميله مسؤولياتها،وقد جاءت اتفاقية الوكالة متماشية مع هذا المعنى كما يستخلص ذلك من نص المادة 11 التي تولت تقسيم، أنواع المخاطر وصورها،دون ذكرها المخاطر التجارية ضمن التقسيمات الواردة في التقسيمات التي جاءت بها وهي:

1)خطر عدم القدرة على تحويل العملة.

2)خطر التأميم و الإجراءات المماثلة

3)الإخلال بالتعهدات العقدية

4)مخاطر الحروب والاضطرابات المدنية

ورغم تصنيف النص للمخاطر،فان الاتفاقية سلكت مسلك العمومية والمرونة،فسمحت بتوفير ضمانها،ضـــد الخسائر و الأضرار المترتبة على واحد أو اكثر من أنواع المخاطر المذكورة آنفا،ويعني ذلـــك أنها لم تستوجب تغطية كافة المخاطر،كما سيأتي تبيان ذلك عند دراسة كل نوع من أنواع المخاطر المذكورة .

-خطر عدم القدرة على تحويل العملة:

لقد نصت المادة 11/أ1 من اتفاقية الوكالة على خطر العجز عن تحويل العملة معتبرة تحققه كخطر متى توافرت الشروط التالية:

-فـــرض الســـلطات العامة في الدولة المضيفة لقيود تمنع المستثمر من تحويل أمواله الى الخارج بعملة قابلة للتحويل الحر،أو عملة أخرى مقبولة من طرف المستفيد من الضمان ويعتبر المنع في ذاته تعبيرا عن نشأة الخطر في هذه الصورة لأنه يمس بصفة جوهرية بحقوق المستثمر على استثماره.

-كمـــا يعتـــبر خطر العجز عن التحويل قائما في حالة التأخر غير المعقول[1] عن الموافقة على تحويـــل العملة المستحقة للمستثمر المضمون خارج حدود الدولة المضيفة،ويتماشى هذا الشرط مع المصالح الجوهرية للمستثمر المتمثلة في حمايته من العراقيل البيروقراطية والإدارية التي تحول دون تنقل رؤوس أمـــوال.ووجود مثل هذا الشرط ينم عن رغبة الوكالة في التوفيق بين مصلحة المستثمر في إتمام التحويل في الوقت المناسب وبين اعتباران التأخير في البت في طلب التحويل قد يكون مبررا في حـــالات معينة بالنسبة للدولة[2]ولا يختلف الأمر في طلب التحويل إن كان يتعلق باستثمار مباشر أو غـــير مباشر،لان الخطر الذي يواجه المستثمر الذي يرغب في إعادة تصدير راس ماله وأرباحه هو نفـــس الخطر الذي يواجه المقرض الذي يريد تحويل اصل القرض وفوائده،فالخطر في كلا الحالتين قائم وواحد.

بينما استبعدت الاتفاقية من نطاق خطر العجز عن التحويل الإجراءات المتعلقة بتخفيض سعر العملة أو انخفاض قيمتها،وتبرير استبعادها من المخاطر غير التجارية يعود إلى كون،أن هذه الأمور تتعرض لها جميع الدول،كما أنها تعد من المخاطر التجارية التي كان على المستثمر توقعها.

[1]تتراوح مدة التأخير التي تتجاوز حدود التأخير المعقول كماجات في عقود الضمان التي أبرمتها بعض هيئات الضمان كالمؤسسة العربية للضمان مدة 60 يوما من تاريخ تقديم الطلب إذا كان الأمر يعود لأسباب بيروقراطية وسوء الإدارة الحكومية أو لأسباب اقتصـــادية ومالية كندرة ا العملة،أما إذا كان الأمر يتعلق برفض التحويل فان عقود ضمان المؤسسة العربية تقضي بتقليص المدة الى اقل من ذلك وفي جميع الأحيان فان مدة 90 يوما قد تزيد أو تنقص وليست معيارا ثابتا إنما تتحدد بظروف الدول الأعضاء وما يتضـــمنه عقـــد الضـــمان ذاته. انظر:هشام علي صادق.النظام العربي للضمان.المرجع السابق ص182.عاطف إبراهيم.ضمانات الاستثمار...المرجع السابق ص216

[2]إبراهيم شحاته.التعليق على اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص192-193

خطر التأميم والإجراءات الأخرى المشابهة له:

لقـــد تضمن البند أ2 من المادة 11 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار أن ضمانه يغطي خطر اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو أي إجراء إداري أو إغفالها لذلك مما يترتب عنه،حرمان المستثمر من ملكيته أو السيطرة عليها أو منافع جوهرية لاستثماره.وهذه الصياغة المرنة تفتح الباب أمام امتداد الضمان لأي خطر سياسي غير متوقع يعترض سبيل الاستثمارات مستقبلا ممـــا يكسب الوكالة ثقة المستثمرين المتعاملين معها.بيد أن مجرد وقوع التأميم أو أي إجراء إداري ممـــاثل له لا يؤدي في ذات الوقت الى قيام الخطر واستحقاق المستثمر المضمون للتعويض،بل يتعين لقيام الخطران تؤدي الإجراءات التي اتخذتها الدولة المضيفة الى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية وقد حددها النص بالحرمان من الملكية أو من السيطرة على استثماره وفي هذا الإطار يذهب البعض الى القـــول بوجوب التمييز بين نشأة الخطر وتحققه[1] فنشأة الخطر لا تؤدي الى استحقاق التعويض بينما يرتب حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره تحقق الخطر ويعطي للمستثمر الحق في المطالـــبة بالـــتعويض وقد استثنى النص من مفهوم الإجراءات الضارة بالاستثمار الأجنبي الذي يكـــون محـــل ضمان ضد المخاطر غير التجارية الإجراءات التي تتخذها السلطة القضائية،وكذلك بعـــض الإجراءات التي تتخذها الحكومة لتنظيم نشاطها الاقتصادي والتي لا تنطوي على تمييز بين الاســـتثمارات[2] وان لا تكون المخاطر أو الإجراءات الحكومية المضمونة قد تحققت نتيجة خطأ أو غـــش أو موافقة المستثمر على ذلك[3] و هو أمر بديهي إذ لا يعقل أن تسال هيئة الضمان عن خطأ تسبب فيه الشخص المضمون ذاته،تطبيقا للقواعد العامة للمسؤولية كما جاء ذلك في حكم محكمة التحكـــيم في الـــتراع الـــذي قام بين شركة فالنتين البترولية ووكالة التنمية الدولية الأمريكية بان

---

[1] راجع في ذلك:هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار المرجع السابق.ص179.

[2] ينص البند أ2 من المادة 11 على(اتخاذ الحكومة المضيفة لإجراء تشريعي أو اتخاذها أو إغفالها عن اتخاذ إجراء إداري مما يترتب علـــيه حـــرمان المستفيد من الضمان من ملكيته أو من السيطرة على استثماره أو من منافع جوهرية لاستثماره. ويستثنى من ذلك الإجـــراءات عامـــة التطبيق التي تتخذها الحكومات عادة لتنظيم النشاط الاقتصادي في أراضيها والتي لا تنطوي على تفرقة تضر بالمستفيد من الضمان.).

[3] الفقـــرة ج مـــن المادة 11 تنص على(لا تجوز تغطية إلا خسائر الناتجة عما يأتي:اتخاذ الحكومة المضيفة أو قعودها عن اتخاذ إجراء،إذا كان المستثمر المضمون قد وافق على هذا الإجراء أو كان مسؤولا عن اتخاذه).

الضـــمان الأمريكي ينصرف الى واحد أو اكثر من المخاطر غير التجارية،عدا ما ينجم من غش أو خطئ جسيم يرتكبه المستثمر[1] .

كمـــا انـــه من بين الشروط العامة التي تعفي الهيئة الضامنة من تحمل مسؤولية الخطر تقاعس المســـتثمر عـــن اتخـــاذه كافة الاحتياطات و الإجراءات المعقولة لتلافى الخطر أو الأضرار المطلوب الـــتعويض عنها وان لا يكون قد تهاون في المحافظة على حقوقه[2] و تعفى هيئة الضمان من مسؤولية الـــتعويض عن أي خطر من الأخطار المنصوص عليه في المادة 11 من اتفاقية الوكالة إذا تحققت قـــبل إبـــرام عقد الضمان،وهو ما يفيد أن ضمان الوكالة لا يعود بأثر رجعي على الأخطار التي تحققت قبل دخول عقد الضمان المبرم بينها وبين المستثمر المضمون الأمر الذي يستدعي البحث في تحديـــد تـــاريخ نفاذ العقد،فهل يبدأ نفاذه من يوم إبرامه والتوقيع عليه،أم يبدأ من يوم الشروع في تنفـــيذ الاســـتثمار المضمون،أم انه من يوم أداء الأقساط المستحقة وهنا يري البعض انه لا بد من وجـــوب التميـــيز بـــين ضمان القروض وضمان الاستثمار المباشر لان مدة عقد الضمان الخاصة بالاقـــتراض تأخذ نفس مدة عقد القرض محل الضمان.أما مدة عقد ضمان استثمار مباشر فتتطلب مدة أطول ولا يمكن أن تكون من يوم إبرام العقد لان تنفيذ الاستثمار المباشر يتطلب من المستثمر المضـــمون إبلاغ هيئة الضمان بكافة المعلومات المتعلقة بنشاط استثماره وهي أمور لا تتأتى إلا بعد الشـــروع في التنفـــيذ[3] لان الخطر الذي تسال عليه هيئة الضمان هو الخطر الذي يتم خلال فترة الضـــمان ويعتبر الخطر متحققا إذا ترتب على الإجراء الذي اتخذته الدولة المضيفة حرمان المستثمر المضمون من حقوقه الجوهرية على استثماره لمدة تحددها عقود الضمان[4] .

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار... المرجع السابق ص217.

[2] هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص202

[3] هشام صادق المرجع السابق ص243.

[4] تجدر الإشارة هنا إلى أن عقود الضمان التي أبرمتها المؤسسة العربية تشترط لتحقق الخطران يترتب على الإجراء الذي تتخذه سلطات الدولة المضيفة حرمان الطرف المضمون من حق من حقوقه الجوهرية على استثماره لمدة سنة على الأقل فيما يخص الاستثمار المباشر و 6 اشهر فيما يخص القروض وفوائدها على أن يكون من تاريخ نشأة الخطر،وتستوجب المادة 30 من عقد الضمان المباشر بان يتولى المتضـــرر إخطـــار الجهـــة الضـــامنة بإجراءات وظروف الخطر الذي يغطيه الضمان خلال مدة شهر من تاريخ نشأة الخطر.انظر في ذلك:عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار.المرجع السابق ص215-216.

كمـــا تضـــمنت المادة 11أ3 صورا أخرى من صور المخاطر غير التجارية معتبرة إياها مر الأخطار السياسية التي يتوجب على هيئة الضمان الدولية تغطيتها وهي خطر الإخلال بالعقد و قد حددها النص حالات ثلاثة وهي:

-الحالة التي لا يجد فيها المستفيد من الضمان أية هيئة قضائية أو هيئة تحكيم يلجأ إليها للفصل فـــيما يدعـــيه مـــن نقـــض للعقد أو من إخلال بأحكامه.إن العمل بهذا الشرط يعتبر كمبدأ عام لاستحقاق الحماية لأنه من بين المبادئ المستقر عليها إن الرعية الأجنبية أو المستثمر الأجنبي لا يجوز له المطالبة بحماية أي طرف خارجي إلا بعد استنفاذه لوسائل التقاضي الداخلية للدولة المضيفة وقبل مطالبـــته للهيئة الضامنة له بأي تعويض ،وتجد قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية أساسها في مـــبدأ سيادة الدولة الذي يقتضي عدم جواز حرمان الدولة المضيفة من ممارسة اختصاصها القضائي مـــن أي جهـــة كانت دولية أم وطنية،كما أن استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية قد يعيد للطرف المتضـــرر حقوقـــه مما يجعله في غنى عن أية مبة دولية الأمر الذي يؤدي إلى تفادي إثارة المنازعات الدولية.

كما إن إثارة المسؤولية الدولية للدولة المضيفة لا تقوم إلا عند مخالفة هذه الأخيرة لالتزام دولي وبذلـــك يمكن الادعاء بمخالفة القانون الدولي،وقد استقر العرف الدولي في هذا الشان على العمل بمبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية قبل اللجوء إلى المطالبة الدولية[1].

-حالة تأخر الجهة المعنية بالنظر في مطالبات المستثمر خلال مدة معينة،وكان التجاءه إلى تلك الهيئة معوقا بتأخير غير مبرر.

-حالة امتناع الدولة المضيفة عن تنفيذ قرار صادر لصالح المستثمر.

---

[1] لقد أثير شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية في التراع الذي ثار بين شركة فالنتين البترولية (وكالة التنمية الدولية)المشرفة ع بـــرنامج الضـــمان الأمريكي حينما ثبت لهيئة التحكيم تحقق خطر نزع الملكية تساءلت هيئة المحكمين عما إذا كان إجراء استنفا طرق التقاضي الداخلية واجبة قبل المطالبة بالتعويض المنصوص عليه في عقد الضمان إلا أن هيئة التحكيم أجابت بالنفي مستندة ذلـــك عـــلى أن القـــانون الأمريكي المنظم لعمليات الضمان لا يشترط تحقق هذا الإجراء معتبرة أن قبول دولة هايتي لمبدأ حق الولايات المتحدة محل المستثمر المضمون بمثابة تنازل هذه الأخيرة عن شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية،إن إثارة هيئة التحك لموضوع تنازل دولة هايتي لقرينة على اعتراف هيئة التحكيم بوجود هذا الشرط كقاعد دولية عرفية.

مخاطر الحرب والاضطرابات المدنية:

تضـــمن البـــند الرابع من المادة 11 لاتفاقية الوكالة الدولية للضمان تامين مخاطر الأعمال العســكرية والاضـــطرابات المدنـــية التي تحدث في الدولة المضيفة و يمتد ضمانها الى كل أو بعض الخســـائر المترتـــبة عـــن تلك الأخطار وقد أجازت الاتفاقية لمجلس الوكالة-وبناء على طلب من المستثمر والدولة المضيفة-إضفاء ضمانها على مخاطر أخرى متى اقرها مجلسها بالأغلبية الخاصة.

الـــفرع الثـــالث

التزامات كل من الهيئة الضامنة والمستثمر

لكي تقوم الوكالة الدولية للضمان بتقديم ضمانها للاستثمارات داخل الدول الأعضاء المضيفة لهـــا، ينبغي أن يكون هناك عقد أو اتفاق بين المستثمر و الوكالة يتم بمقتضاه تعهد من جانب الهيئة الضـــامنة بان تتحمل عن المستثمر المتعاقد معها الخسائر الناجمة عن نوع محدد أو كل المخاطر التي تـــتعرض لها استثماراته في الخارج،تشجيعا له على القيام بهذا الاستثمار مقابل أقساط يدفعها للهيئة الضـــامنة، وفي حالـــة حصوله على التعويض من قبل الهيئة،تحل هذه الأخيرة محله فيما اكتسبه من حقوق إزاء الدولة المضيفة بناء على نفس السبب الذي بني عليه طلب التعويض المقدم من المستثمر و لعقد الضمان.

و عقد الضمان كما يعرفه البعض بأنه(العقد الذي تلتزم بموجبه هيئة الضمان بتعويض المستثمر المضمون عن الخسائر أو الأضرار التي يمكن أن تصيبه من تحقق المخاطر غير التجارية بسبب تصرف قانوني أو مادي يصدر ضده من قبل الدول المضيفة للاستثمار وذلك في مقابل قسط محدد ومعلوم[1]

ويظهـــر مـــن التعريف السابق أن التزامات الأطراف مترابطة ومتبادلة،فلكي يطالب المستثمر بالـــتعويض عـــن الخســـائر الـــتي تـــلحق باستثماره لابد عليه أن يكون قد ابرم عقدا مع الهيئة الضـــامنة،لان الـــتعويض الـــذي يحصـــل عليه المستثمر من الهيئة الضامنة مصدره العقد المبرم بين الطـــرفين،كما أن تحمل الهيئة الضامنة للخسائر المترتبة عن المخاطر المشمولة بالضمان يقابلها التزام المستثمر بدفعه لأقساط التامين عن المخاطر المؤمن عليها،مما يعني أن عقد الضمان من العقود الملزمة للجانبين،لذلك يثور التساؤل حول مدى نطاق التزامات كل طرف؟

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار...المرجع السابق ص68.

في الواقـــع أن نص المادة 17 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار قد أجاب عن هذا التســـاؤل مبينا بان الوكالة تتولى دفع مقابل الضمان بناء على مطالبات المستثمر وفقا لأحكام عقد الضمان و أحكام الاتفاقية،ويعني ذلك أن الالتزام بالتعويض لا يتم إلا بعد التحقق من أن المتضرر قد استوفى الشروط المقررة في عقد الضمان وباقي الشروط الأخرى المقررة في الاتفاقية،كان يكون الخطـــر الذي أصاب المستثمر لم يتحقق بفعل غشه وانه قد بلغ درجة حرمان المتضرر من حقوقه الجوهـــرية وانـــه لم يـــلجا الى الهيـــئة الضـــامنة للمطالبة بالتعويض إلا بعد رجوعه على الدولة المضيفة،ومطالبتها باتخاذها للخطوات اللازمة لتسوية النزاع واستيفاء حقوقه حسبما تقرره القوانين المحلية للدولة المتسببة في الضرر وكان الاتفاقية تذكر المستثمر بضرورة احترام قاعدة استنفاذ وسائل التســـوية الداخلية، مع أن هناك من يرى بان اشتراط نص الاتفاقية على المستثمر استنفاذ الوسائل الاداريـــة المـــتاحة داخلـــيا قبل تعويضه من قبل الوكالة لا يعني وجوب استنفاذ المستثمر لطرق التقاضي كشرط لحصوله على التعويض من الوكالة[1] بل المراد من ذلك منح الوكالة مدة من الوقت لتـــتأكد مـــن وقـــوع الخطر المضمون و دفعها لمبلغ التعويض المطالب به[2] إلى جانب التحقق من الشروط الأخرى التي أوجبتها الاتفاقية،مما يؤكد أن نطاق الالتزام بالتعويض عن المخاطر المضمونة مقـــيد بشـــروط عامـــة وشـــروط أخرى يمكن وصفها بالشروط الخاصة حسب طبيعة ونوعية الخطر،كسقف التعويض المحدد في نص المادة 16 من اتفاقية الوكالة الذي ينص على انه "لا يجوز للوكالـــة أن تغطـــي جميع الخسائر التي تلحق المستثمر بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر المؤمن علـــيها "هـــذا الوضع يتماشى مع ما جرى عليه العمل لدى مختلف هيأت الضمان الأخرى وطنية كانت أم إقليمية[3].

---

[1] إبراهيم شحاته.تعليق على اتفاقية الوكالة…...... المرجع السابق ص198.

[2] غالبا ما يتم تحديد هذه الفترة الزمنية في عقود الضمان

[3] لقـــد حـــددت المادة 38 من عقد ضمان المؤسسة العربية بالنسبة لمخاطر التأميم ونزع الملكية والحروب بنسبة 85./. من قيـ الخســـارة،بينما حـــددت نســـبة التغطية بالنسبة خطر عدم التحويل بـــ90./. .أما بالنسبة لمنظمة الاوبايك الأمريكية فان اـ الأقصـــى للخسارة المدفوعة تصل الى 90./. من إجمالي الاستثمار المضمون المتعلق بالمشروعات الصغيرة ونسبة 50./. بالنسـ للمشـــروعات الكـــبيرة والخساســـة بالنســـبة لاقتصاديات الدولة النامية المضيفة. انظر في ذلك:عاطف إبراهيم محمد.ضمان الاستثمارات .المرجع السابق ص235 وأيضا سامي عفيفي حاتم. التامين الدولي.المرجع السابق ص264.

أمـــا عـــن قيمة الأضرار فان الاتفاقية قد حددها بقيمة صافي الاستثمار عند نشأة الخطر،وإذا كانـــت الأضـــرار التي أصابت المستثمر ناجمة عن مخاطر الحروب والاضطرابات فان قيمة الأضرار الملحقة بالأصول المادية للمشروع تتحدد على أساس قيمة التكاليف المعقولة لإصلاح الأصول التي أصـــابها الضرر بعد حدوثه إلا أن هيئات الضمان عموما لا تلتزم بأداء التعويض عن الأضرار التي تـــتعرض لها أصول المستثمر الناتجة عن أعمال فردية ليس لها طابع عام،كما أنها لا تلتزم بتعويض الطرف المضمون عن المخاطر التي تنشا قبل استلام أقساط الضمان،ولهيئة الضمان أن تطلب تقديم أي معلومـــات إضـــافية لاستيفاء طلب التعويض وفي حالة إخطار الطرف المضمون بموافقة الهيئة الضـــامنة عـــلى طلـــب التعويض ومبلغه يتعين على المستثمر بان يقوم بحوالة حقوقه المقررة على الاستثمار أو أية تعويضات تم الحصول عليها من أي مصدر كان غير هيئة الضمان ،أساس ذلك انه في حالة ما إذا حصل المستثمر من السلطة العامة للدولة المضيفة على تعويضات مقابل الأضرار التي لحقـــته من جراء تحقق الخطر فانه يتعين خصم هذه التعويضات من مبلغ التعويض الذي تلتزم الهيئة الضامنة بدفعها له،ذلك انه إذا لم يتم الخصـــم فان المستثمر المضمون سوف يحصل على اكثر من تعويض عن نفس الضرر.

بيـــنما يقوم مبدأ الضمان على تعويض الأضرار التي تصيب المتضرر من جراء حدوث الخطر وتعذر حصول المتضرر على التعويض،لان القول بخلاف ذلك معناه الأضرار بالهيئة الضامنة لأنها لن تجـــد مـــا تحصل عليه لدى الدولة المضيفة المتسببة في الضرر عند حلولها محل المستثمر ما دام هذا الأخير قد تلقى تعويضا من الدولة المتسببة في الضرر أو أي جهة أخرى تابعة لها وعلى هذا الأساس يـــبدو من المنطق أن تشترط عقود الضمان أن يسلم الطرف المضمون لهيئة الضمان كافة المبالغ التي تلقاهـــا عن الأضرار التي أصابته والمؤمن عليها مهما كان مصدرها وفي هذا المجال تجدر بنا الإشارة الى أن المـــادة 18 من اتفاقية الوكالة الدولية للضمان نصت على انه متى قامت الوكالة بتعويض المستثمر أو وافقت على تعويضه،فإنها تحل محله فيما اكتسبه من حقوق لدى الدولة المضيفة ويعتبر الحلـــول مـــن المـــبادئ المستقرة في أنظمة التامين ومفاد ذلك حوالة المطالبات القائمة للمستثمر المضـــمون الى الوكالـــة وقيام الوكالة كخلف له في جميع الحقوق لدى الدولة المضيفة وقد أقرت الاتفاقـــية حـــق الوكالة في الحلول على سائر الأعضاء ولها مطلق الحرية في التصرف وفي استخدام مـــبالغ التعويضات المحصل عليها،كما أوجب نظام الضمان على المستثمر المضمون أن يعمل بمبدأ

حســن النية في سبيل المحافظة على الحقوق المحالة إلى الطرف الضامن بان يكشف للطرف الضامن عــن كافــة الترتيبات والاتفاقات التي يكون قد أبرمها أو على علم بها والتي قد تؤثر على حقوق والــتزامات الطــرف الضامن لذلك فان عقود الضمان تتضمن الحظر على المستثمر المضمون بعد إبــرامه لعقد الضمان القيام بأي اتفاق مع الدولة المضيفة بشان التعويضات المستحقة عن أي ضرر قــد يصــيبه نتيجة المخاطر المشمولة بالضمان ما لم يتم ذلك بموافقة مسبقة ومكتوبة من قبل الهيئة الضامنة.

كما انه من بين الالتزامات الواقعة على عاتق المستثمر التزامه بأداء أقساط الضمان وهو التزام أساسي لا يقوم بدونه التزام الهيئة الضامنة عند تحقق الخطر و المطالبة بالتعويض[1] وقد جاءت اتفاقية الوكالــة الدولية مؤكدة على هذا الشرط بنصها في المادة 26 على أن تتولى الوكالة بصفة دورية تحديد الأقساط والرسوم،بالنسبة لكل نوع من أنواع المخاطر المؤمن عليها.

وتجــدر الإشــارة الى أن الهدف من وضع أقساط الضمان ليس معناه وصول الهيئة الى تغطية الــتزاماتها المالــية المتوقعة حالة تحقق المخاطر المشمولة بالضمان،لأنه لو كان الأمر كذلك لوجب تحديــد أقســاط الضمان على نحو تحكمي تحسبا لأسوء الاحتمالات،في هذه الحالة تكون أقساط الضــمان جــد مــرتفعة وهذا يتناف مع الغرض الذي وجد من اجله نظام الضمان وهو تشجيع المستثمرين الأجانب على الاستثمار بالخارج فتحقيق هذا الهدف الأخير يستلزم جعل الهيئة الضامنة هيــئة تبادلــية يتحمل فيها مجموع المستثمرين تبعة ما يصيب أحدهم من الخسارة ولهذا يستوجب العمل على تخفيض معدلات الأقساط

إن نظام الضمان يقوم على مبدأ تحمل الدول الأعضاء العبء المالي لعمليات الضمان تشجيعا لــرعاياها عــلى الاســتثمار بالخارج وفي ضوء هذه الغاية يأتي تحديد أقساط الضمان التي يؤديها المســتثمرون بما يجعلها كحافز لهم وقد درج العمل على تحديد هذه الأقساط لدى هيئات الضمان

[1] تنص المادة 60 من عقد ضمان الاستثمار المباشر للمؤسسة العربية للضمان على انه(يجوز للطرف الضامن من بعد انقضاء اليوم السـابع من بداية السنة العقدية أن ينهي العقد فيما لو لم يقم الطرف المضمون بسداد قسط من أقساط الضمان..وان يتحمل الطرف الضامن في جميع الأحوال مسؤولية تعويض الطرف المضمون...إذا تحقق أحد المخاطر المغطاة... قبل استلام أقساط الضمان).

الوطنـــية بقـــيمة منخفضة مقارنة لها بأقساط التامين العادي[1] إلا أن ذلك لا يمنع الهيئة الضامنة من إعادة النظر فيها بصفة دورية.

المبحـــث الثـــاني

نظـــام الضمـــان العـــربي وطبيعته القانونية

مقدمـــة: تتوفر الدول العربية على إمكانيات مالية ومؤهلات اقتصادية تساعدها على الخروج من حالة التخلف الذي تعاني منه شعوبها،لو احسن استغلال هذه الإمكانيات،ولو انتهجت الدول ذات الفوائـــض المالية سياسة تكاملية نحو الدول العربية الأخرى التي تفتقر لرؤوس الأموال رغم ما تـــتوفر عليه من عناصر إنتاجية معتبرة من يد عاملة مؤهلة وشبه مؤهلة وطاقة استيعابية و أراضي فلاحية شاسعة ومواد أولية متنوعة.كل هذه العوامل مجتمعة تلتقي مع ما تتوفر عليه مجموعة الدول الأولى من إمكانيات مالية شبه معطلة تبحث لنفسها عن فرص استثمار بأدنى قدر من المخاطر.

غيران تباين الأنظمة الاقتصادية والسياسية والقانونية للدول العربية زاد من حدة مخاوف الدول المصدرة لرؤوس الأموال ،وتذليلا لهذه العقبات وتخفيفا لنتائج الإختلالات السياسية شرعت الدول العربـــية في البحـــث عن أنجع السبل لضمان تنقل رؤوس الأموال العربية فيما بينها بأدنى الأخطار ودون الـــتدخل في الشـــؤون الداخلية لبعضها البعض من خلال ربط علاقاتها فيما بينها عن طريق الاتفاقيات الثنائية والجماعية .و وقد جاء إنشاء اتفاقية المؤسسة العربية للضمان كإطار مؤسساتي وتنظـــيمي لرؤوس الأموال العربية الى جانب الاتفاقية العربية لتشجيع وانتقال رؤوس الأموال فيما بـــين الدول العربية كتأكيد على الرغبة الملحة لهذه الدول في بناء تكاملها الاقتصادي بعد أن تأكد لهذه الدول ا أن العمل من خلال إنشاء برنامج ضمان عربي اقرب الى الواقع العربي منه من محاولة إبـــرام اتفاقـــية جماعية تتناول القواعد التنظيمية والإجرائية لمعاملة الاستثمار ،مما جعل فكرة طرح

---

[1] تـــتفاوت معدلات أقساط التامين التي تتلقاها أنظمة الضمان الوطنية ر وتعتبر منظمة الاوبايك(هيئة لاستثمار الخاص فيما وراء الـــبحار) الأمريكية في مقدمة البرامج التي تتقاضى أقساطا مرتفعة مقارنة بأنظمة الضمان الوطنية الأخرى من ذلك مثلا أن معدل قســـط التامين في نظام الضمان الألماني يقدر بـــ5 . 0./. في قطاعات الإنتاج غير الحساسة بالدول النامية وفي اليابان يبلغ معدل أقســـاط الـــتأمين.55 ./. أما في الولايات المتحدة الأمريكية فان معدل قسط التامين يبلغ 5 . 1 ./. ويعود السبب في ذلك الى حالة القلق التي تعيشها الاستثمارات الأمريكية خاصة بعد التأمينات الشيلية.انظر في ذلك:سامي عفيفي حاتم.التأمين الدولي المرجع السابق ص.263

موضـــوع الضمان العربي للبحث والدراسة سابقة في وجودها عن فكرة إنشاء القواعد الموضوعية والإجرائـــية المتعلقة بتنظيم الاستثمارات العربية والتي جاءت بها فيما بعد الاتفاقية العربية لتشجيع وانتقال رؤوس الأموال العربية.

المطلـــب الأول:

المؤسسة العربية للضمان

إن تـــباين الأنظمـــة السياسية والاجتماعية للدول العربية وانقسامها الى دول مصدرة لرؤوس الأموال ومستوردة لها،جعل موضوع حماية أموال المستثمرين العرب في الدول العربية من المخاطر الـــتي تعـــترض سبيلهم أمر لامناص منه،وبدون ذلك لا يمكن ضمان توافد رؤوس الأموال العربية ،وإدراكا منها لهذه الحقيقة سعت الدول العربية الى إنشاء نظام عربي للضمان.

الفرع الأول

نشأة نظام الضمان العربي وطبيعة هيئته

يرجع الفضل في إنشاء المؤسسة العربية للضمان الى مؤتمر التنمية الصناعية للدول العربية المنعقد بالكويت عام 1966 الذي أوصى بدراسة فكرة إنشاء نظام عربي للضمان،وقد تولى الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية بمشاركة وزارة الخارجية الكويتية مهمة تنفيذ هذه التوصية،وعلى اثر ذلك اعد الصندوق الكويتي للتنمية تقريرا بعنوان نحو اتفاقية لضمان الاستثمارات العربية قدمها في أول اجـــتماع لخـــبراء التمويل العرب المنعقد بالكويت في شهر سبتمبر عام 1967 وقد لقي الـــتقرير استجابة واستحسانا لدى الخبراء العرب وكلف فيه الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية بـــإعداد مشـــروع الاتفاقية الذي تمت صياغته النهائية واقره مؤتمر خبراء التمويل العرب في شهر يونيو عام 1970[1]،وتم التوقيع على الاتفاقية في مايو 1971 من قبل خمس دول عربية وهي: الأردن،السودان،الكويت سوريا مصر الى أن وقع عليها اثنتان وعشرون دولة عربية أصبحت نافذة بعـــد المصادقة عليها من قبل خمس دول عربية و اكتتبت في 60./. من رأسمالها وتمت الدعوة الى انعقاد مجلس المؤسسة في شهر مايو من عام 1974 واصدر المجلس في اجتماعه الأول قرارا يقضي

1هشام محمد احمد خالد.عقد ضمان الاستثمار.المرجع السابق 22

بتعيين مدير المؤسسة،الذي يعتبر الممثل القانوني لها،وعلى اثر ذلك تم ميلاد المؤسسة العربية للضمان التي تعتبر النموذج الإقليمي الأول في هيئات الضمان الدولي.

وكـــان الاتجـــاه الســـائد عند نشأتها هو النظر الى فكرة ضمان الاستثمار ضد المخاطر غير الـــتجارية بوصفه أحد وسائل حماية وتشجيع الاستثمارات فيما بين الدول العربية المتعاقدة لتجنيد جهودها الإنمائية لصالح شعوبها ودعم علاقاتها الاقتصادية في إطار التعاون الاقتصادي العربي،وهو ما نصت عليه المادة 16 من اتفاقية المؤسسة التي تعطي أولوية خاصة للاستثمارات(الكفيلة بزيادة الـــتعاون الاقتصادي بين الأقطار المتعاقدة وخاصة المشروعات العربية المشتركة والمشروعات المحققة للتكامل الاقتصادي العربي)ويبدو من الفقرة المذكورة أن الأولوية في هذا الشان تعطى للاستثمار في المشـــروعات المشـــتركة وليس لاستثمارات هذه المشروعات بوصفها أشخاصا اعتبارية،ذلك أن المشـــروع المشـــترك الذي تقصده الاتفاقية هو المشروع الذي يساهم في رأسماله أشخاص وهيئات تنتمي الى اكثر من دولة عربية ويتماشى هذا التفسير مع الهدف الذي تسعى إليه الاتفاقية والمتمثل في تشـــجيع الاســـتثمارات العربـــية المشتركة الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي فيما بين الدول المتعاقدة.

بيـــنما يخـــتلف الأمـــر عـــنه في ضمان الوكالة الدولية التي تسعى أساسا إلى تشجيع انتقال الاســـتثمارات من الدول المصدرة الى الدول المتخلف بغية النهوض باقتصاديات هذه الأخيرة على أســـاس أن الدول المتقدمة والغنية دول مصدرة لرؤوس الأموال بينما الدول المتخلفة والفقيرة دول مســـتوردة لهـــا،أن مـــثل هذا التصنيف لا نجدله مكانا في نظام الضمان العربي لكون أن المستوى الاقتصـــادي للدول العربية متقارب من حيث الطاقات الإنتاجية،فالقدرة الإنتاجية للدول التي تملك فائضـــا مالـــيا لا تختلف كثيرا عن قدرة الإنتاج في الدول التي يمكن وصفها بأنها مستوردة لرؤوس الأموال،لذا لم تشترط الاتفاقية بان يكون الاستثمار المضمون قادم من دولة مصدرة أو رعاياها إلى دولـــة مستوردة كما هو الحال عليه في بعض أنظمة الضمان الوطنية[1]إلا أن ذلك لا يمنع أن تغطي المؤسســـة الاســـتثمارات التي تتجه من الدول البترولية ذات الفائض المالي الى الدول العربية الأكثر عجزا باعتبار ذلك أمرا طبيعيا لفكرة تنقل رؤوس الأموال،ولو أن الوضع الاقتصادي والمالي للدول

[1]تشترط منظمة الاوبايك الأمريكية للضمان بتوفير التامين لجميع الاستثمارات الأمريكية التي تتم في الدول النامية.ونفس الموقف يقر نظام الضمان الألماني .سامي عفيفي .التامين الدولي.المرجع السابق ص 246و268

البترولـــية هش ومتقلب لارتباطه بعوامل خارجية وسياسية تجعل العائدات البترولية غير مستقرة مما قـــد يؤثر على القدرة الاستثمارية لهذه الدول وهو الوضع الذي رعاه واضعوا الاتفاقية سواء فيما يتعلق بصلاحية الاستثمار المضمون أو بشكل هيئة الضمان العربية فلم تأخذ الاتفاقية بنظام التأييد الـــذي تظهـــر فيه الهيئة كمجرد وسيط أو وكيل يعمل باسم ولحساب الدول الأعضاء بل أخذت الاتفاقية بنمط المؤسسة المستقلة اعتبرت فيها الدول الأعضاء المتعاقدة حملة اسهم، مما يجعلها تستقل بمواردها المالية كهيئة دولية إقليمية مستقلة بشخصيتها القانونية وذمتها المالية كما تنص على ذلك المـــادة الثالثة من الاتفاقية[1]،وهذا الوضع لا يتيح لها حق اللجوء المباشر إلى الاستعانة بالخزائن العامة للـــدول الأعضـــاء في تغطـــية عملية الضمان التي تقوم بها مما قد ينقص من فعاليتها نظرا لمحدودية مواردها المالية.

الفـــــرع الثـــاني

الشكل القانوني لهيئة الضمان العربي وتكوين رأسمالها

اعـــتمدت الاتفاقـــية العربـــية للضمان على أسلوب الهيئات المستقلة،فهي التي تتولى عمليات الضـــمان باسمها ولحسابها دون الرجوع إلى الدول الأعضاء في تحمل عبء الضمان ودون تعريض المســـتثمر الى المماطلـــة التي تنجم من جرائه تأخر الدول عن دفع التعويض المستحق،ونعتقد أن اختـــيار المؤسسة لشكل الهيئة المستقلة ماليا و إداريا،إنما يخضع لاعتبارات موضوعية تتعلق بطبيعة الدول الأعضاء التي يغلب على اقتصادياتها طابع التخلف رغم تمتع بعض أعضائها بإمكانيات مالية تميزها عن باقي الأعضاء الآخرين.

وقـــد أخذت الاتفاقية بعين الاعتبار هذه الوضعية فعملت على تشجيع الدول ذات الفائض المـــالي عـــلى الاكتتاب في راس مال المؤسسة بزيادة حصص هذه الأخيرة عن الحد الأدنى،حيث أعطـــت لها صوتا إضافيا مقابل كل سهمين يكتتب فيهما،حتى وان كانت الزيادة في الاكتتاب في

1تـــنص المـــادة الثالثة لاتفاقية المؤسسة العربية للضمان على(تكون للمؤسسة الشخصـــية القانونية،وتتمتع بالاستقلال المالي والإداري ويكون لها في كل قطر من الأقطار المتعاقدة كافة الحقوق والصلاحيات اللازمة للقيام بأعمالها.

راس مـــال المؤسســـة ليست لزاما على فئة معينة من الدول بوصفها دولا غنية،بل ترك الباب فيها مفتوحا لجميع الدول الأعضاء دون تمييز[1] وبهذه الصيغة تكون الاتفاقية قد حققت هدفين :

-أولهما أنها أتاحت فرصة الاكتتاب للدول لتي يمكنها وضعها المالي و الاقتصادي من ذلك.

-ثانـــيا أن هـــذا الأســـلوب يمكنها من المشاركة في راس مال المؤسسة مما يسمح بتحديد مســـؤولية كـــل عضـــو في الهيئة قبل وقوع الخطر،وكل حسب النسبة المكتتب بها في راس مال المؤسســـة،وهذا الوضع يجعل جميع الدول الأعضاء تشارك في تحمل عبء الضمان من خلال الهيئة الضامنة.

بينما لو عملت الاتفاقية بمبدأ نظام التأييد الذي يجعل من الهيئة الضامنة مجرد وسيط لكان نظام الضمان العربي اكثر هشاشة واقل فعالية لان وضع بعض الدول لا يسمح بدفع التعويض فور وقوع الخطـــر المضمون نظرا للعجز الملحوظ على موازين مدفوعات أغلبية هذه الدول وعدم استقرارها ولتبعيتها شبه المطلقة للأسواق الخارجية للدول الرأسمالية،مما يؤثر ذلك سلبا على اقتصادياتها وقدرتها الإنتاجـــية،مما يـــؤدي الى فقدان ثقة المستثمر العربي وهي ثقة لا غنى عنها لإنجاح أعمال المؤسسة وتحقـــيق هداف نظام الضمان العربي الذي يقوم على فكرة الضمان الجماعي،خلافا لفكرة الضمان المتبادل التي يقوم عليها نظام ضمان الوكالة الدولية فيما يخص الاستثمارات المؤيدة ،أي أن الدول المصـــدرة لـــرؤوس الأموال تتبادل الضمان فيما بينها على ما يهدد استثمارات مواطنيها في الدول المضيفة[2].

إن العمـــل بهذا الأسلوب يمكن تقبله في الوكالة الدولية للضمان لما للدول المرشحة للاستثمار من إمكانيات مالية تسمح بالدفع فور وقوع الخطر المضمون،كما أن انتقال رؤوس الأموال في اتجاه واحـــد يـــبرر العمل بمثل هذا الأسلوب نظرا للتباين القائم بين الدول المصدرة التي تعتبر متطورة اقتصـــاديا واجتماعيا وتكنولوجيا وبين الدول المستوردة التي تمثل أقصى ما يمكن وصفه من تخلف

---

[1] تنص المادة 6/10 على أن(يكون لكل عضو عند الاقتراع في المجلس خمسمائة صوت مقابل الحد الأدنى يضاف إليها صوت واحد عن كل سهمين يملكهما زيادة عن ذلك)

[2] انظر في هذا الصدد:المذكرة الخاصة بمشروع الاتفاقية المقدمة من طرف الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية نوفمبر 1968 ص5.

وفقـــر وجهل وعدم استقرار مالي ،ومن ثم فان عدم الدفع المسبق للالتزامات المالية للدول الأعضاء المرشـــحة للاســـتثمارات المؤمـــنة لـــن يؤثر في ثقة المستثمر،بينما لو عملت المؤسسة العربية بهذا الأســـلوب لكانـــت نتائجه عكسية على نظام الضمان العربي وعلى فعاليته وعلى ثقة المستثمرين العرب به، لان العمل على أساس فكرة الضمان المتبادل يقتضي العمل بفكرة انتقال رؤوس الأموال في مخـــتلف الاتجاهـــات مما يؤدي الى ازدواجية مركز الدول الأعضاء من حيث أنها مصدر ضمان ومصـــدر خطر في آن واحد،مما يقودنا الى القول أن نظام الهيئة المستقلة يكون أنجع وسيلة في مثل هذه الظروف واكثر واقعية وانه يقضى على فكرة الازدواجية في مراكز الدول فيما لو كانت هي التي تتولى عبء الضمان مباشرة.

ورغم المزايا التي ذكرناها فان نظام هيئات الضمان المستقلة لا يخلو من بعض المساوي خاصة إذا كانـــت هيئة الضمان تتميز بضالة و محدودية راس مالها وعدم قدرة أقساط الضمان فيها على تغطـــية نفقاتهـــا الادارية كما كان الحال عليه في مؤسسة الضمان العربية التي لم تستطع أقساط الضمان فيها على تغطية النفقات الادارية للمؤسسة الى غاية عام 1982.

بـــيد أن دور المؤسســـة العربية للضمان ما يزال سلبيا الى حد كبير فيما يتعلق بجلب وضمان الاســـتثمار مـــادام الطلـــب عـــلى عمليات الضمان يأتي في الأساس من خلال مبادرات أطراف خارجية،لان ما تقوم به المؤسسة من عمليات ضمان ناتج عن مبادرة من المستثمرين أنفسهم وليس نـــاتج عـــن تحفـــيز من قبل المؤسسة مع أن غاية المؤسسة لا تتمثل في الضمان ذاته بل دفع عجلة الاســـتثمار و انتقال رؤوس الأموال فيما بين الدول العربية وذلك ما أشاد به التقرير الذي أعدته شركة فيرست واشنطن،الذي جاء فيه(بأنه إذا ظلت المؤسسة العربية للاستثمار تعتمد في ممارستها لأعمـــال ناشـــئة عن الغير فان عملياتها ستظل محدودة).[1] لذلك يقترح التقرير إنشاء إدارة لتطوير الأعمـــال وتطويـــر برنامج إعادة التامين لدى هيئات ضمان أخرى نظرا للإمكانيات المحدودة التي تتصف بها المؤسسة العربية للضمان ويبدو ذلك واضحا من خلال نصوص الاتفاقية التي تقضي بان لا يتعدى الحد الأقصى لقيمة عمليات الضمان التي يجوز للمؤسسة القيام بها خمسة أمثال راس مالها مضـــافا إلـــيه الاحتـــياطات،وقد أكـــدت الإدارة العامة للمؤسسة أثناء انعقاد مجلسها في أكتوبر

---

[1] انظـــر في ذلـــك تقريـــر وتوصيات شركة فيرست واشنطن سيكيوريتيز. المقدم للمؤسسة العربية للضمان بعنوان: حول توسيع نشاطات المؤسسة لتطوير الاستثمار أبريل 1978 ص6.

1975 عـلى أن تحديد حجم راس مال المؤسسة على النحو الوارد في الاتفاقية يتعارض تماما مع حقـائق السـوق،وان ذلـك قد يؤثر سلبا على نشاطها،الأمر الذي قد يحيدها عن الهدف الذي وجـدت من اجله والمتمثل في توفير الأمان والاطمئنان للمستثمر العربي وتشجيعه على الاستثمار داخل الأقطار العربية المتعاقدة[1].

لكـنه مادامت المؤسسة العربية للضمان محكوم عليها بان تعمل في حدود رأسمالها المكتتب فيه بحكم طبيعتها كشركة مساهمة لا يعطيها طابعها القانوني حق اللجوء المباشر إلى الدول الأعضاء في تغطـية عملـيات الضمان التي تقوم بها خارج نطاق راس مالها،فان ذلك يتطلب منها العمل على أسس مالية وتجارية سليمة،ولو أن التجارب والدراسات دلت على أن المطالبات التي دفعتها بعض هيـئات الضـمان كـتعويض عن عمليات ضمانها لم تتعد حدود 80./. من إجمالي قيمة عقود الضـمان المبرمة مما قد يسمح نسبيا للهيئة تجاوز المصاعب المالية التي تواجهها[2].خاصة وان اغلب الدراسـات الـتي أجريـت في مجال ضمان الاستثمار أكدت بان هيئات الضمان ليست مطالبة بضـرورة الاحـتفاظ براس مالها كموجودات نقدية لتغطية عمليات الضمان التي تقوم بها تفاديا للانتقاد الموجه لأسلوب هيئات الضمان المستقلة لما يقتضيه من تجميد لرأسمال الهيئة الضامنة وتجنبا لذلك، فان المؤسسة العربية للضمان قد أقرت دفع 50./. من قيمة راس المال الأولى مقسمة إياه الى خمسة أقساط يدفع القسط الأول منه بعد ثلاثة اشهر من تاريخ دخول الاتفاقية حيز التنفيذ،أما الأقساط الأخرى فتدفع عند نهاية كل عام،ويبقى الجزء الثاني من الحصة في ذمة الدول الأعضاء لا يدفـع إلا عـند الحاجة[3]وبذلك تتفادى التجميد المحتمل،بل ويمكن تجنب التجميد أيضا من خلال اسـتثمارها لجزء من الفائض في الدول الأعضاء وهو ما دعا إليه مجلس المؤسسة في دورته الخامسة

---

[1]انظـر في هـذا الصـدد المذكرة المقدمة إلى مجلس المؤسسة العربية للضمان في أكتوبر عام 1975 بعنوان(نظرة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في ضوء الظروف الجديدة لمناخ الاستثمار في العالم العربي.ص 10 2

[2]لقد بلغ مجموع صافي المطالبات التي دفعتها منظمة الاوبايك الأمريكية للضمان ما قيمته (7961067 دولار)أي ما يعادل نسـبة 8./. من إجمالي قيمة عقود الضمان التي أبرمتها.راجع :تقرير وتوصيات شركة فيرست واشنطن سيكيورتيز.المرجع السابق .ص12.

[3]انظر المادة 8 فقرة 4 ، 3 ، 2 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان.

حيث طلب من الدول الأعضاء موافاته بقائمة المشروعات الاستثمارية التي هي في حيز التنفيذ والتي تكون في حاجة إلى تمويل.

إن سعي المؤسسة إلى توظيف واستثمار أموالها في أسواق الدول الأعضاء يبرز مرة أخرى الطابع الجماعي المميز لنظام الضمان العربي [1]،ولعل أهم عيب يشوب أسلوب الهيئة ذات الرأسمال المستقل الذي أخذت به المؤسسة العربية للضمان يتمثل في الكيفية التي يتم بواسطتها تحديد الرأسمال اللازم لمزاولة نشاطها؟

تجدر الإشارة هنا الى أن المؤسسة العربية للضمان قد تعاملت مع هذه الإشكالية بنوع من المرونة والحيطة فهي من جهة مؤسسة ذات رأسمال مستقل لكل عضو فيها حصة محددة ولم تترك الأمور للاحتمالات حتى تخرج عن نطاق الإرادة الذاتية للمؤسسة وللدول الأعضاء فيما يتعلق بمسؤولياتها عن عمليات الضمان التي تقوم بها،مما جعلها تضع سقفا يمثل حدا أقصى لما يمكن أن تقوم به من نشاط على أن لا يتعدى حدود هذا السقف خمسة أضعاف رأسمال المكتتب فيه،لكن ذلك لم يمنع المؤسسة من فتح باب الاكتتاب أمام الدول الأعضاء بالزيادة في رأسمالها بعدان كان منطلقها العام هو البدء بقيمة أولية تكفل لها مباشرة أعمالها،هذه الازدواجية تعكس لنا في الواقع مرونة نظام الضمان العربي.

بيد أن مسالة تحديد رأسمال الهيئة الضامنة ليست الإشكالية الوحيدة التي أثارت وتثير الجدل،بل أن العضوية في الهيئة تثير هي الأخرى تساؤلات لما لها من أثار على هيئة الضمان ومرجع الخلاف والتساؤل يقوم على أساس مدى تطبيق أو عدم تطبيق مبدأ شمولية العضوية في الهيئة الضامنة وفي هذا الصدد يمكن القول بوجود اتجاهين [2] اتجاه يرى ضرورة فتح العضوية في هيئة الضمان لجميع الدول دون تمييز بين الدول المصدرة والمستوردة لما في ذلك من مصلحة مشتركة بحيث تصبح جميع الدول ملزمة بتحمل أعباء الضمان،مما يدفعها لتفادي وقوع المخاطر وان مساهمتها في عضوية هيئة الضمان يتيح لها فرصة المشاركة في التسيير المالي والإداري ومراقبة نشاطات الهيئة عن كثب مما يدفع بالدول الأعضاء الى تحسين مناخها الاستثماري،لان الغاية من نظام الضمان كما يقول

---

[1] مذكرة عن مشروع اتفاقية ضمان الاستثمارات.الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية نوفمبر 1968. ص6.

[2] إبراهيم شحاته.أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية للضمان الاستثمارات الأجنبية .المرجع السابق ص566.

الأستاذ: (شوارزنبرغر)ليس ضمان رؤوس الأموال المستوردة فقط،بل خلق مناخ استثماري كفيل بتشـــجيع انتقال رؤوس الأموال من اجل تنمية بلدان العالم الثالث[1] ،وقد أدى الاقتناع مبدأ شمولية العضوية إلى الأخذ به في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان والمؤسسة العربية وفي العديد من المشاريع[2].

بينما يرى الاتجاه الثاني وجوب قصر العضوية على الدول المصدرة لرؤوس الأموال دون غيرها وذلـــك بحجة تركيز السلطة في يد الأعضاء الذين يتحملون فعلا مسؤولية الضمان،وقد اخذ بهذا المـــبدأ مشروع زولوتاس[3] أما الأستاذ شوارزنبرغر فيرى عكس ذلك تماما إذ يقول بوجوب قصر العضـــوية على الدول المستوردة كليا أو على الأقل تكون لها الأغلبية[4] إلا أن الأخذ بما ذهب إليه شـــوارزنبارجر يتعارض ومنطق الأشياء لان المستثمر لن يطمئن إذا علم أن مصدر الخطر هو ذاته مصدر الضمان.

كمـــا أن قصـــر العضوية على الدول المستوردة دون سواها سيدفعها الى عدم قبول الانضمام لعضوية هذه الهيئات نظرا لما قد تتحمله من التزامات وأعباء هي في غنى عنها.

أن الأخذ بمبدأ شمولية العضوية يخضع الأطراف المتعاقدة لنفس قواعد اللعبة مما يسمح والى حد بعيد بالتقليل من احتمالات المخاطر،كما يستبعد في الوقت ذاته فكرة السيطرة الاقتصادية التي تعتبر أحد الأهداف الرئيسية في أنظمة الضمان الوطنية،كما انه يجنبنا البحث عن معيار التمييز بين الدول المصدرة والمستوردة،خاصة وان دولا كثيرة يمكنها الجمع بين صفتي التصدير والاستيراد.

Hosni El Gamel Op Cite P494

[2]أما المشاريع التي أخذت بفكرة شمولية العضوية مشروع(حالان،فان ايرز،وميتزجر)بحث في نظم الضمان.المرجع السابق.ص48 وكذلك إبراهيم شحاته.الضمان الدولي،المرجع السابق ص60.

[3]إبراهيم شحاته.أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية.المرجع السابق ص 530

Hosni El Gamel Op Cite P497

وقــد أخــذت كل من الوكالة الدولية للضمان والمؤسسة العربية بمبدأ شمولية العضوية،إلا أن الشــمولية المعمول بها في اتفاقية الوكالة تصطدم بحقيقة هامة لا يمكن تجاهلها وتتمثل فيما يعرف بــنظام التأيــيد أو الترشــيح الذي يقوم على مبدأ،التمييز بين الدول المرشحة للاستثمار و الدول المضــيفة أي الــدول التي ينفذ الاستثمار على إقليمها،بينما لم تأخذ المؤسسة العربية بفكرة نظام الترشيح لوجود تقارب في مستوى التطور الاقتصادي والعلمي للدول العربية.وبقى لنا في الأخير أن نتســاءل عما إذا كان موضوع العضوية في هيئات الضمان الدولية حكرا على الدول أم يمكن أن يشمل أشخاصا قانونية أخرى غير الدول؟

إذا رجعــنا الى نظــام الوكالة الدولية للضمان نجد بأن فموضوع العضوية فيها مربط بعضوية الدول الأعضاء في البنك الدولي مما يجعل العضوية في الوكالة مقتصرة على الدول لان البنك الدولي لا تمنح العضوية فيه إلا للدول.

أمــا بالنســبة للمؤسسة العربية للضمان فالأمر مختلف،فعضويتها مفتوحة للدول ولغير الدول حيث سمح للهيئات العامة وشبه العامة بالانضمام لعضويتها كما تنص على ذلك المادة السابعة(يعتبر عضوا مؤسسا لمن اكتتب في راس المال الأولي للمؤسسة من الأقطار المتعاقدة أو الهيئات العامة التي تعينها هذه الأقطار وذلك وفقا لجدول الاكتتاب).

إن الــنص المذكــور سابقا يشير إلى إشراك الهيئات العامة وشبه العامة في عضوية المؤسسة مما يفيد بان إشراكها ممكنا، ومع ذلك يبقى النص ينتابه الغموض لان النص يوحي في صياغته الى أن القصد من فتح العضوية للهيئات العامة وشبه العامة هو تمثيل الدولة وليس إشراك الهيئات المذكورة كأشخاص مستقلة، الى جانب الدول،رغم أن إشراك الهيئات العامة المتخصصة يبعد المؤسسة عن الضــغوطات السياســية،كما يتــيح لها فرصة الاستفادة من خبرتها خاصة إذا كانت تلك الهيئات متخصصــة في المسائل المالية وقضايا التامين مما يضفي على الهيئة الضامنة طابعا تقنيا يزيد من ثقة المستثمرين بها.[1]

[1] راجع في ذلك الوثيقة رقم 2 المقدمة في الاجتماع الأول لمجلس المؤسسة العربية للضمان بتاريخ 24 ماي 1974 ص 2.

غير أن هناك من يدعو الى فكرة العضوية الناقصة من منطلق وجود رغبة لدى بعض الدول في المشاركة الجزئية والمحدودة في عضوية الهيئة كملاحظ[1] غير انه لا يمكن التسليم بمثل هذه العضوية لعدم جدواها لأنها لا تعني شيئا في نظر المستثمر مادام الأعضاء المنتسبون الى الهيئة لا يتحملون عبء المخاطر.لذا فان الاتفاقية العربية للضمان لم تأخذ بهذا الشكل من أشكال العضوية.

كما أنها لم تأخذ بالتنظيم الإداري التقليدي المعهود في المؤسسات المالية الدولية الذي يقوم على توزيع الاختصاصات والسلطات الادارية بين الجمعية العامة ومجلس الإدارة مكتفية بجهاز واحد وهو مجلس المؤسسة ويتكون من ممثل عن كل عضو في المؤسسة وله كافة سلطات الإدارة ما لم تكن من صلاحيات المدير العام أو لجنة الإشراف ويعتبر المجلس بمثابة الجمعية العامة ومجلس الإدارة في آن واحد ويصدر قراراته بالأغلبية العادية للحاضرين إذا كانوا يمثلون ثلاثة أرباع مجموع الأصوات،وفي حالة عدم توفر هذا النصاب يجوز أن ينعقد المجلس بثلثي مجموع الأصوات الحاضرة في الاجتماع الموالي باستثناء القرارات التي تضمنتها المادة 2/10 التي يشترط في صدورها توفر أغلبية الثلثين من مجموع أصوات الأعضاء في المؤسسة.ويرجع سبب عمل مجلس المؤسسة بهذا الأسلوب الى كون أن مجلس المؤسسة لا ينعقد إلا في فترات محدودة ومتباعدة(مرة واحدة كل 6 اشهر)لذلك فان مهام الإدارة تسند الى المدير العام للمؤسسة وتساعده على ذلك لجنة تتكون من 3 أعضاء يختارهم المجلس لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد وتتولى تقديم خبرات واستشارات للمدير العام للمؤسسة وليس لها حق التدخل في أعمال الإدارة[2]

[1] إبراهيم شحاته.(أهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية.. المرجع السابق ص533

[2] لقد اشترطت الاتفاقية أن يكون أعضاء اللجنة من بين خبراء الدول المتعاقدة على أن يكون اثنان منهم من بين من يرشحهم أعضاء المؤسسة والثالث من قائمة المرشحين الذين يقترح هم الاتحاد العام لغرف التجارة والصناعة والزراعة العربية.انظر في ذلك:إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ودورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية.الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية يناير 1974ص 20.

المطلـــب الثـــاني

الأسس التي يقوم عليها نظام الضمان العربي

لقد تضمنت الاتفاقية العربية للضمان محاور أساسية يقوم عليها نظام الضمان العربي،وتمثل هذه المحاور في رأينا الأسس التي يقوم عليها نظام الضمان العربي،وهو ما سنبينه من خلال دراستنا لفروع هذا المطلب

الفـــرع الأول

الطبيعة المزدوجة للدور المنوط بالمؤسسة العربية للضمان

لقـــد توخت المادة الثانية من اتفاقية المؤسسة العربية،الدور المزدوج لنظام الضمان العربي من خـــلال دورها في ضمان المستثمر العربي ضد المخاطر غير التجارية التي قد يتعرض لها استثماره في دولة عربية أخرى عضو في المؤسسة وهي المخاطر،التي كانت وستكون، دائما من أهم العوائق التي تعـــترض سبيل تنقل رؤوس الأموال فيما بين الدول العربية وقد أدركت الدول الصناعية أهمية هذا الدور منذ الأربعينيات من خلال أنظمتها الوطنية لضمان الاستثمار والدور الكبير الذي لعبه نظام الضمان في مجال توسيع صادراتها وتأكيد سيطرتها الاقتصادية على مناطق كثيرة من العالم[1] بينما لم يعـــرف العالم العربي والعالم الثالث عموما هذه الوسيلة من وسائل حماية وتشجيع الاستثمار إلا في مطلـــع السبعينات[2] وهو الدور الذي أشارت إليه الفقرة الأولى من المادة الثانية من الاتفاقية المنشئة للمؤسســـة أما الدور الثاني المنوط بالمؤسسة هو ما تضمنه نص الفقرة الثانية من المادة الثانية الذي جـــاء فـــيه بان المؤسسة تمارس(من اجل تشجيع الاستثمارات بين الأقطار المتعاقدة اوجه النشاط المكملـــة لغرضها الأساسي وخاصة تنمية البحوث المتعلقة بتحديد فرص الاستثمار و أوضاعها في هذه الأقطار)،ويعني هذا أن للمؤسسة العربية للضمان تتكفل بدورين هما:

---

[1]تعتـــبر الولايـــات المـــتحدة الأمريكية أول منشئ لنظام الضمان في منتصف الأربعينيات بموجب قانون التعاون الاقتصادي لعام 1948،ثم تلتها بعد ذلك معظم الدول الصناعية.انظر هشام محمد احمد خالد.عقد الضمان العربي.المرجع السابق ص16.

[2]الـــتجربة العربـــية من خلال الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية للضمان وصندوق المعونة المتبادلة وضمان القروض لدول إفريقيا الغربية.

- تشـــجيع وحمايـــة الاستثمار العربي وضمانه من المخاطر السياسية التي يتعرض لها في الدول الأعضاء

- تحديد فرص ومجال الاستثمار.

غـــير أن أهمية الكشف عن فرص الاستثمار ومجاله ومشاكله تبدو لنا من اصعب المهام التي قد تواجه المؤسسة ميدانيا لوجود حقيقة تشترك فيها بوجه عام كافة الدول النامية وتتمثل هذه الحقيقة في عدم وجـــود أجهـــزة ومؤسسات متخصصة في دراسة المشروعات الاقتصادية دراسة كافية وجدية تمكن أصحاب القرار من قبول تمويل تلك المشروعات أو رفضها،لكن ذلك لا ينف وجود مشروعات تمت دراستها من قبل المؤسسة العربية للضمان تمهيدا لتمويلها خاصة وان هناك فائض مالي يسمح لرجال الأعمـــال في الـــدول المصدرة لرؤوس الأموال القيام بتمويل فرص الاستثمار المتاحة .لذا فان الدور المـــنوط بالمؤسســـة في مجـــال التعريف بفرص الاستثمار جاء استجابة لرغبة رجال الأعمال العرب وللاستثمار العربي وللدور التوسطي الذي يمكن للمؤسسة العربية للضمان أن تلعبه بين رجال الأعمال ومراكـــز اســـتقطاب رؤوس الأموال بالدول المضيفة، من خلال تعريفها بفرص الاستثمار المتاحة في الوطن العربي،رغم أن مفهوم الوساطة الذي أو كل للمؤسسة يطرح تساؤلات ،فيما اذا كان القصد مـــن تلـــك الوســـاطة اقتصار دور المؤسسة على مجرد إعداد الدراسات المتعلقة بالكشف عن فرص الاســـتثمار أم، أن المؤسسة مطالبة بدراسة مدى الملاءمة المالية والاقتصادية للمشروعات التي تقترحها ممـــا يجعـــلها مسؤولة عن نجاعة وسلامة الدراسات الاقتصادية والمالية للمشاريع التي تتولى ترشحها للتمويل أو للضمان؟

وفي الواقـــع فان الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على مدى قدرة المؤسسة في التحكم في إدارة وتسيير المشروعات اقتصاديا وماليا ومدى معرفتها لأوضاع السوق داخل الدول المتعاقدة وخارجها لـــذا هناك من يرى بان الحكمة تقتضي من المؤسسة العربية للضمان التزام الحيطة والحذر،لكي لا تـــتورط في مجال متخصص قد يصعب عليها الخوض فيه وهي ما تزال في بداية عهدها وان تجربتها المتواضعة لا تسمح لها بمواجهة المنافسة التي تقوم بها بعض الجهات الاستشارية الأجنبية المتخصصة. الى جانـــب الهيئات الدولية المتخصصة في مجال مصادر التمويل وفرص الاستثمار،لذلك يكون من الأفضـــل للمؤسسة الاكتفاء بإعداد الدراسات العامة للبحث عن فرص الاستثمار دون الخوض في دراســـة جدوى المشروعات وفعاليتها اقتصاديا وماليا،حتى تتمكن من التفرغ للمهام الأصلية التي

وجـــدت مـــن اجلها والتي هي في غنى فيها عن أية منافسة من أية جهة كانت مادام مجال ضمان المخاطـــر غير التجارية حكرا عليها في نطاق الدول المتعاقدة،وبعد إرسائها أسس وجودها يمكن لها أن تـــتخذ خطـــوات أخـــرى في مجـــال البحث الميداني عن فرص الاستثمار وفي دراسة النجاعة الاقتصادية ولو في حدود معينة لبعض المشروعات الاقتصادية ذات الأهمية المشتركة فيما بين الدول الأعضاء التي أعطتها الاتفاقية أهمية خاصة بالتعاون مع الدول والمؤسسات العربية والأجنبية التي لها أغراض مماثلة[1].

وبذلـــك تكون المؤسسة العربية للضمان هيئة لتشجيع الاستثمار بكافة الوسائل المتاحة وليس بالضـــمان المـــالي وحده وقد كشفت الدراسات للسوق العربية أن غالبية الاستثمارات قد اتخذت شكل القروض بدل اتخاذها شكل الاستثمار المباشر[2]وهذا الوضع يفسر بغياب العنصر التكنولوجي وعدم القدرة على الإنتاج السلعي والتحكم في الأسواق.

الـــفرع الثـــاني

أن تكون المخاطر من النوع الذي يوصف بالمخاطر السياسية.

إن اشـــتراط المؤسســـة العربة للضمان بان يكون الخطر من المخاطر السياسية أمرا تشترك فيه معظـــم أنظمة الضمان لان القول بخلاف ذلك معناه حياد نظام الضمان عن هدفه المتمثل في حماية المستثمر من المخاطر غير التجارية.

أمـــا المخاطر التجارية فهي من طبيعة النشاط التجاري وعلى المستثمر تحمل تبعة نشاطه وهو يـــدرك هـــذه الحقيقة،كما أنه بإمكان تغطيتها من خلال عمليات التامين العادية[3].لذلك حرصت اتفاقـــية المؤسسة العربية للضمان منذ بداية عهدها على استبعاد المخاطر التجارية معتبرة ذلك من الأسس التي يقوم عليها نظام الضمان العربي من خلال نص المادة 1/18.الذي يقضي بان يغطي الـــتامين كـــل أو بعض الخسائر المترتبة على تحقق واحد أو اكثر من المخاطر غير التجارية المتمثلة

---

[1]هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية.المرجع السابق ص122.

[2]تشير الإحصائيات الى أن نسبة الاستثمارات المباشرة في السوق العربية لا تتعدى حدود 20./. من مجموع عمليات الاستثمار مقابل حـــوالي 80./. مـــن الأموال تتم في شكل قروض.انظر في ذلك الدراسة المقدمة الى مجلس المؤسسة في أكتوبر 1975.بعنوان نظرة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في ضوء الظروف الجديدة لمناخ الاستثمار في العالم العربي. ص 9.

[3]عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص108.

أساسا في المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء ديـــنه أو منعه من التصرف فيه وتأجيل الوفاء بدينه الى اجل غير معقول وتقييد قدرة المستثمر على تحويل اصل استثماره أو دخله أو أي عمل عسكري أو اضطرابات مدنية أو أعمال عنف عامة تمس مباشـــرة بالأصول المادية للمستثمر أو أي إجراء تتخذه سلطات الدولة المضيفة يحرم المستثمر من حقوقـــه الجوهـــرية[1]ولا تـــتحمل المؤسسة مسؤولية المخاطر التجارية بالنسبة للاستثمارات المؤمن عليها[2]ولعل ما يلاحظ على ما جاء في المادة 18 أنها تتسم بالعمومية والمرونة كالنص على التامين لـــ(واحد أو اكثر من المخاطر)المؤدية الى(حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية على استثماره)تاركا مجـــال تحديد هذه المخاطر لعقود التامين التي تتولى المؤسسة إبرامها حالة بحالة مما يكسبها مزيدا من ثقـــة المســـتثمرين المـــتعاملين معها وهي صياغة تفتح المجال أمام امتداد ضمان المؤسسة لأي خطر سياسي غير متوقع،وقد أشار النص الى أمثلة عديدة لهذه المخاطر التي تكادان تغطى معظم صورها مـــن مصادرة وتأميم و حراسة واستيلاء ونزع ملكية..الخ)وجميع هذه الحالات تدخل ضمن صور الخطر السياسي الذي يمكن أن يصدر عن الدولة المضيفة.غيران المصادرة التي يكون مصدرها حكما قضائيا أو المتعلقة بتنفيذ حكم قضائي استنفذت فيه الإجراءات القانونية المعتادة[3]، فانهالا تصلح أن تكون خطرا سياسيا .

[1] تـــنص الفقرة الأولى من المادة 18 على انه: يغطي التامين الذي توفره المؤسسة كل أو بعض الخسائر المترتبة عن تحقق واحد أو اكـــثر مـــن المخاطـــر غير التجارية التالية:أ)اتخاذ السلطات العامة بالقطر المضيف أو بواسطة إجراءات تحرم المستثمر من حقوقه الجوهـــرية على استثماره وعلى الأخص المصادرة والتأميم وفرض الحراسة ونزع الملكية والاستيلاء الجبري ومنع الدائن من استيفاء حقه أو التصرف فيه وتأجيل الوفاء بالدين إلى اجل غير معقول.

ب)اتخـــاذ السلطات العامة بالقطر المضيف بالذات أو بواسطة إجراءات جديدة تقيد بصفة جوهرية من قدرة المستثمر على تحويل اصل استثماره أود خله منه أو أقساط استهلاك الاستثمار إلى الخارج.ويشمل ذلك التأخير في الموافقة على التحويل بما يتعدى فترة معقولـــة كما يشمل فرض السلطات العامة عند تحويل سعر صرف يميز ضد المستثمر تميزا واضحا.ولا تدخل في نطاق هذا الخطر الإجراءات القائمة بالفعل عند إبرام عقد التامين كمالا تدخل فيها إجراءات التخفيض العام لسعر الصرف أو أحوال انخفاضه.

ج)كـــل عمـــل عســـكري صـــادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضا مباشرا،وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر.

[2] نص ف3/م18(لا تتحمل المؤسسة في أية حالة مسؤولية عن المخاطر التجارية المتعلقة بالاستثمارات المؤمن عليها).

[3] إبراهيم شحاتة :المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص25،26.

أمـــا المصـــادرة التي تتم بمقتضى القضاء الاستثنائي و لم تراع فيها الإجراءات القانونية المعتادة وكذا المصادرة التي تتخذها السلطة التنفيذية دون حكم قضائي،فتعد من قبيل المخاطر التي يشملها الضمان[1].

كمـــا انه من بين العبارات الغامضة التي تضمنتها اتفاقية المؤسسة العربية للضمان نص الفقرة الأولى مـــن المـــادة 18 حول مدلول الخطر السياسي ،ذلك أن هذا المدلول لا يقوم بمجرد وقوع الضرر بل لابد أن يمتد الضرر الى حرمان المستثمر من حقوقه الجوهرية لكون أن النص يفرق بين نشأة الخطر من ناحية وتحققه من ناحية أخرى، وان الخطر لا يتحقق إلا بثبوت حرمان المستثمر من حقوقـــه الجوهـــرية على استثماره،واستمرار الحرمان لفترة معينة في مثل هذه الأحوال فقط يكون الخطر قد تحقق،لان المؤسسة لا يمكنها أن توفر ضمانها لخسائر ترتبت على مخاطر كانت قائمة عند نفاذ العقد أو وقعت في تاريخ سابق على نفاذه ،لأن ضمان المؤسسة يقوم على تغطية المخاطر التي تـــتعلق باســـتثمارات جدية لا يستطيع المستثمر تجنب وقوعها قبل الشروع في الاستثمار،وهذا ما جـــاءت به المادة الرابعة من عقد ضمان الاستثمار المباشر بنصها على انه (لا يمتد ضمان المؤسسة المقرر في المادة السابقة في الحالات الآتية" (إذا كانت المخاطر أو الإجراءات الحكومية التي تحققت أو اتخـــذت في القطـــر المضيف والتي تترتب عليها الأضرار والخسائر المطلوب التعويض عنها قائمة بالفعل عند نفاذ العقد أو بدأت نشأتها أو اتخاذها في تاريخ سابق على نفاذه).

إن اشـــتراط عقـــد الضمان لمثل هذا الشرط الهدف منه حماية هيئة الضمان من حالات الغش والـــتحايل من قبل بعض المستثمرين الذين يقدمون على إبرام عقود ضمان فور تأكدهم من الخطر الـــذي يهدد استثماراتهم،وقد توخت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان هذا الوضع فنصت في المادة 4/15 على انه(لا تقبل محلا للتامين الاستثمارات الجديدة يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين).

كمـــا انـــه من صفات العمومية ما ورد في نص المادة 18 من الاتفاقية العربية للضمان التي شملت تغطية مخاطر الاستثمار المباشر وغير المباشر،رغم أن صور المخاطر المذكورة في النص والمتمثلة

---

[1] لقـــد نصـــت المادة الثانية من مشروع الملحق التكميلي لعقد ضمان القرض الذي أعدته المؤسسة في 20 يناير 1976 بان (ضمان المؤسسة لا يمتد في حالة المصادرة التي تتم تنفيذا لحكم قضائي اتبعت فيه الإجراءات القانونية المعتادة).انظر في ذلك: هشام صادق .النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية.المرجع السابق .ص176.

في خطـــر التأميم ونزع الملكية والمصادرة والاستيلاء الجبري وفرض الحراسة توحي جميعها إلى أن الخطر يصيب على ملكية المشروعات الاقتصادية وليس الاستثمار غير المباشر لان الضرر هنا يصيب المشروع ذاته وليس القرض المقدم للمشروع، إلا إذا اعتبرنا أن القصد من النص هو ضمان أموال المســتثمرين المســاهمين في ملكية المشروع بصفتهم الفردية وفي هذه الحالة تكون القروض المقدمة للمشــروع محــل ضمان المؤسسة بمثابة استثمار مباشر وتكون بذلك الاتفاقية قد توخت من نظام الضــمان العــربي تشجيع انتقال راس المال العربي فيما بين البلدان العربية بغض النظر عن الشكل القانوني الذي يتخذه المال المستثمر، وان العبرة بما يتخذ من إجراءات ضارة تصيب الأموال سواء كانــت أمــوالا مملوكــة للمساهمين أم أموالا مملوكة للمشروع ،هنا يكون الضرر الذي أصاب المشروع كما لو أصاب المساهمين أنفسهم وعندها ينطبق الحكم على الاستثمار المضمون فيما لو تم في شــكل قــرض في مشروع مادام ذلك يؤدي إلى منع المقرض من استيفاء حقه والتصرف فيه[1] كالمــنع من الحصول على أقساط الدين وفوائده،لكن السؤال يبقى قائما فيما إذا كان المستثمر قد قدم قرضه إلى الدولة المضيفة أو إحدى هيئاتها العامة وامتنعت هذه الأخيرة عن سداد أقساط الدين وفوائده أو قامت بتأجيل الوفاء بالدين إلى اجل غير معقول، فهل يعتبر تأخير الوفاء بالدين في مثل هــذه الحالــة مــن المخاطر التي تستوجب ضمان المؤسسة؟ أم أن التأخير وعدم الوفاء لا يعد من المخاطر السياسية؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب منا التمييز بين حالتين:

-إذا كــان سبب الامتناع راجعا الى إعسار المدينين وإفلاسهم،فان ذلك يعد خطرا تجاريا لا يضمنه نظام الضمان كقاعدة عامة،إلا أن هناك من يرى ضرورة امتداد ضمان المؤسسة لمثل هذه المخاطــر لان المديــن هنا غالبا ما يكون دولة وهذه الأخيرة بمالها من سيادة لا يمكن مقاضاتها أو إشــهار إفلاسها،مما يجعل امتناعها عن الدفع من الإجراءات المشمولة بالضمان،والامتناع عن الدفع يمكــن اعتباره إجراءا حكوميا،من شانه أن يقوض سلطة المستثمر على أمواله بوصفه كدائن.وهذا الســلوك يكتســب صــفة الخطر السياسي عند أصحاب هذا الرأي ويستوجب التغطية مادامت القــروض الخارجية للدول وللهيئات العامة تعدمن قبيل الاستثمارات الصالحة للضمان في ظل نظام المؤسسة[2].

[1] إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص26 ، 25 .

[2] إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.نفس المرجع .ص23.انظر أيضا: هشام صادق المرجع السابق ص 77 .

-إذا كـــان سبب الامتناع عن دفع الدين أو تأخيره راجعا إلى إجراءات اتخذها الدولة المضيفة بشـــكل مباشـــر للحد من سلطة المستثمر دون مراعاة للمواعيد المقررة في الاتفاقيات أو في عقود الضمان وان يؤدى ذلك إلى المساس بالحقوق الجوهرية للمستثمر.[1]

إن الاتفاقـــية العربية للضمان وان كانت قد أجازت ضمان القرض في خطر الاستيلاء والترع والتأمـــيم باعتـــبارها مـــن الأعمال الإرادية الصادرة عن سلطة الدولة المضيفة فإنها قد قيدت هذا الضـــمان في مخاطـــر الحرب والاضطرابات المدنية كما جاء ذلك في البند ج من الفقرة الأولى من المادة 18 الذي يشترط لقيام الخطر أن تتعرض الأصول المادية للاستثمار تعرضا مباشرا[2]ومادامت معظـــم الاستثمارات العربية تتخذ شكل القروض فهل يمكن أن يمتد ضمان المؤسسة لهذه القروض في حالة قيام مخاطر الحروب والثورات أم أن المؤسسة غير معنية بالمطالبات التي تصيب الاستثمارات التي تتم في صورة قروض،مع إن هذه الأخيرة لا يمكن أن تعتبر من الأصول المادية بالنسبة للمقرض لكـــي تـــتعرض لمخاطـــر الحرب لان القرض يتخذ شكل استثمار غير مادي فهو حق معنوي في مواجهـــة المقـــترض أي حق معنوي في مواجهة المشروع الاستثماري المستفيد من القرض وليس القـــرض ذاتـــه،ومادام المقـــرض لـــيس مساهما في ملكية المشروع فلا يمكن أن يكون قرضه محلا للضمان،ومن دون شك فان هذه النتيجة قد تعتبر مناقضة لما يهدف إليه نظام الضمان العربي الذي يســـعى الى تشـــجيع انتقال رؤوس الأموال العربية فيما بين الدول الأعضاء في المؤسسة مع توفير ضـــمان اكبر لهذه الأموال وهو ما دفع بالبعض الى إعطاء تفسير موسع للبند(ج)من الفقرة الأولى لـــلمادة 18 باعتـــبار قيام خطر الحرب والثورات بالنسبة للمستثمر المقرض فيما لو أدت إصابة

---

[1]لقد تناولت المادة 3 من عقد ضمان الاستثمار المباشر للمؤسسة العربية للضمان المبرم في شهر يوليو 1976 الحقوق الجوهرية معرفـــتيا بأنهـــا حـــرمان المســـتثمر من حقه في استلامه اصل استثماره وعوائده،حرمانه من الممارسة الفعلية لحقوقه كشريك في المشروع..الخ .

[2]تنص الفقرة 1ج من/ م 18(كل عمل عسكري صادر عن جهة أجنبية أو عن القطر المضيف تتعرض له أصول المستثمر المادية تعرضـــا مباشرا،وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر) هشام صادق النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية.المرجع السابق ص 185.

الأصول المادية للمشروع المقترض إلى امتناع مالكي المشروع مباشرة عن تسديد أق ساط القرض أو فوائده عن المخاطر التي يغطيها نظام الضمان العربي(2).

وقــد تبنى عقد ضمان القرض الذي أبرمته المؤسسة العربية في يناير 1976 في مادته الثالثة فقــرة(ب) هذا التفسير عندما نص على امتداد ضمان المؤسسة الى(كل عمل عسكري صادر عن جهــة أجنبــية أو عن القطر المضيف تتعرض له الأصول المادية للشركة المستفيدة-التي قدم إليها المستثمر المقرض-بموجب عقد القرض وكذلك الاضطرابات الأهلية العامة كالثورات والانقلابات والفــتن و أعمال العنف ذات الطابع العام التي يكون لها نفس الأثر)،وتجدر الإشارة الى أن تغطية كــل أو بعض المخاطر هو من صلاحية المستثمر،ذلك أن حرية اختيار نوع الخطر المراد تغطيته من ســلطة المســتثمر باعتباره الأدرى بمصالحه ،غير انه وتشجيعا للمستثمرين فقد تعمد هيئة الضمان العربي الى تغطية اكبر قدر ممكن من المخاطر إذا ما خفضت في نسب أقساط التامين السنوي أو إذا طلب المستثمر الهيئة الضامنة تغطية كافة المخاطر.بل أن المؤسسة العربية للضمان لا تغطي المخاطر الــتي تعتبر من قبيل الإجراءات العادية التي تمارسها الدولة تنظيما للنشاط الاقتصادي على إقليمها والتي لا تنطوي على تمييز ضد المستثمر المشمول بالضمان والمخاطر التي تتوفر بشأنها عمليات تامين عادية وبشروط معقولة وتلك التي يكون قد وافق عليها المستثمر صراحة أو يكون مسؤولا عنها[1]،و تعتبر هذه الشروط بمثابة القيد المفروض على عاتق المؤسسة بعدم التوسع في تغطية المخاطر وبذلك تكــون اتفاقــية الضمان العربي قد حاولت بقدر الإمكان التوفيق بين الاستخدام الواسع للعبارات العامــة وما يتطلبه عمل المؤسسة من مرونة وتشجيع للاستثمار وبين اعتبارات التحديد والدقة التي تبنى عليها توقعاتها في علاقتها بالمستثمرين بشان المخاطر التي تغطيها.

إن أنــواع المخاطــر المعروفة في نظام الضمان والمصطلح على تسميتها بالمخاطر غير التجارية وهي: (الخطر السياسي وخطر عدم القدرة على التحويل وخطر الحرب)المخاطر التي درجت أنظمة الضمان على تغطيتها بنوع من التوسع من خلال عبارة(والمخاطر المشابهة)أو(المخاطر غير التجارية

[1]راجــع في ذلــك مذكــرة حول المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وموقف الدول العربية منها المقدمة للاجتماع الأول لمجلس المؤسسة بالكويت 29-30 ماي 1974 الوثيقة رقم 1 ص 6 ، 5

الأخـــرى) الى غـــير ذلـــك من العبارات العامة التي تفيد التوسع في نطاق المخاطر المضمونة[1] وقد تداركـــت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان أخطار العبارات العامة الواردة بها وتجنبا للنتائج السلبية لاستعمال مثل تلك العبارات العامة فان الاتفاقية حرصت بان تكون المخاطر الواردة بها قد جاءت على سبيل الحصر لا على سبيل المثال توخيا منها للحذر بإضافة إلى الشروط الأخرى التي ذكرناها بغرض حصر نطاق مسؤولية المؤسسة عما تدفعه من تعويضات للمستثمرين في حالة وقوع الخطر المؤمـــن عليه وتبقى صياغة المادة 18 من الاتفاقية محل تساؤل بسبب استبعادها لبعض الإجراءات الحكومية من نطاق المخاطر المضمونة كما رأينا ذلك من قبل يثير صعوبات من الناحية العملية لأنه مـــن الصـــعوبة بمكان التمييز بين الإجراءات الحكومية العادية وغير العادية ولو أن الموقف الراجح يذهـــب الى تحديد ذلك من خلال قصر الضمان على الإجراءات الحكومية التي تعوزها المشروعية وهـــو أمر لا يصوغ للمؤسسة التورط فيه لأنه قد يولد صراعا بينها وبين الدول الأعضاء،ويؤدي ذلـــك الى تـــأخير دفع التعويضات للمستثمرين المتضررين،كما أن عدم وجود قواعد دولية متفق بشأنها فيما يخص معاملة الاستثمارات الأجنبية يزيد من صعوبة معرفة طبيعة التصرف الذي أقدمت علـــيه الدولة المضيفة إن كان مشروعا او غير مشروع،لذلك يرى البعض انه من الأنسب في مثل هذه الأوضاع أن تغطي المؤسسة جميع حالات المخاطر تفاديا لمثل هذا التمييز[2].

الفـــرع الثـــالث

وجوب انتماء المستثمر لإحدى الدول الأعضاء وتنفيذ استثماره بإحداها.

بالـــرجوع الى المادة 17 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان يتضح بأنها تشترط في المستثمر المضمون أن يكون من مواطني الدول المتعاقدة متى كان شخصا طبيعيا.

---

[1] من بين المشاريع التي استعملت هذا الأسلوب المشروع الذي أعدته منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية في مشروعها الذي أعدته في شـــهر جـــوان 1965 المـــتعلق بإنشـــاء مؤسسة دولية لضمان لاستثمارات.انظر:إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق.هامش ص 24.

[2] إبراهـــيم شـــحاته.المؤســـسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق.ص25. وأيضا ،هشام علي صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية.المرجع السابق .ص177 ، 176.

أما الشخص الاعتباري،ينبغي أن تكون حصصه و أسهمه مملوكة بصفة جوهرية لإحدى هذه الـــدول أو لمواطنيها ويكون مركزه الرئيسي بإحداها،وفي حالة تعدد جنسيات المستثمر يكفى أن يكـــون حاملا لجنسية إحدى الدول الأعضاء المتعاقدة،أما إذا كان التعدد قائما ما بين جنسية دولة متعاقدة والدولة المضيفة فيعتد بجنسية الدولة المضيفة .

والجديـــر بالملاحظـــة أن الـــنص السابق قد أستبعد من نطاق ضمان المؤسسة الاستثمارات المملوكة لرعايا لا ينتمون للدول المتعاقدة وكذا الاستثمارات المملوكة لمواطني الدولة المضيفة.

وفي تقديرنا أن استبعاد ضمان الاستثمارات المملوكة لرعايا الدولة المضيفة أمر طبيعي ومقبول وـــله مـــا يـــبرره لما للدولة من سيادة على رعاياها داخل إقليمها وخارجه،لأنه إذا كانت أموال المستثمر المنتمي للدولة المضيفة لا تشكل ملكية جوهرية للأموال المستثمرة في المشروع المشترك في الدولـــة المضـــيفة ففي مثل هذه الحالة يجوز ضمان أموال المستثمر حتى و إن كان من رعايا الدولة المضيفة.

أمـــا بالنسبة لاستبعاد ضمان الاستثمارات لرعايا غير الدول المتعاقدة حتى وان كان هؤلاء الرعايا عـــرب فان ذلك يتناقض مع الغاية التي وجد من اجلها نظام الضمان العربي والتي تسعى إلى تحقيق تعـــاون وتشـــجيع تدفق وانتقال رؤوس الأموال فيما بين البلدان العربية من خلال توطين الأموال العربـــية داخـــل الوطن العربي مما يستلزم امتداد نشاط المؤسسة لضمان الأموال العربية حتى ولو كانـــت تلك الأموال مملوكة لشخص اعتباري أجنبي يوجد مركز إدارته الرئيسي في خارج نطق الدول المتعاقدة وقد أدركت المؤسسة العربية للضمان هذه الحقيقة ،مما جعل رئيس مجلس إدارتها الى المـــبادرة باقتراح يقضي بضمان استثمارات الأشخاص الاعتبارية متى كان الرعايا العرب يمتلكون فيها نسبة50./.من رأسمال الشخص الاعتباري،حتى ولو كان مركـــــزه الرئيسي يوجد خارج الدولة المتعاقـــدة[1] تحقيقا

تحقـــيقا للاعتبارات الخاصة بتشجيع الاستثمار فيما بين الأقطار العربية المتعاقدة ولدواعي المصلحة العربـــية ،وقد لقي الاقتراح قبولا لدى مؤسسة الضمان العربية مما أدى إلى تعديل الفقرة الأولى من

---

[1] كـــلمة الســـيد/عـــوفي محفوظ ممثل الجزائر لدى المؤسسة العربية للضمان و رئيس مجلس إدارتها بمناسبة انعقاد الدورة الخامسة بالكويت في 29 ماي 1977 .ص3 وكذلك محضر وقرارات الاجتماع الخامس لمجلس المؤسسة المنعقد بالكويت خلال نفس الفترة القرار رقم 3 لسنة 1977 المعدل للفقرة الأولى من المادة 17.

المادة 17 بإضافة فقرة أخرى للنص المذكور بما يفيد قبول ضمان الشخص الاعتباري كطرف في عقــد الضـــمان رغم وجود مركزه الرئيسي خارج النطاق الإقليمي للدول المتعاقدة متى اقتضت المصـــلحة الاقتصادية للدول المتعاقدة ،وبذلك تكون الاتفاقية قد خرجت عن فكرة المعيار المزدوج المتعلق بتحديد انتماء الشخص الاعتباري من منطلق معيار الرقابة القائم أساسا على ملكية الحصص والأســـهم ملكـــية جوهرية ومعيار المركز الرئيسي باعتبار أن التعديل الذي شمل الفقرة الأولى من المـــادة 17 اصبح يسمح بتغطية المخاطر متى كان الاستثمار مملوكا بصفة جوهرية لإحدى الدول أو مواطنـــيها حـــتى وان لم يكن المركز الرئيسي للشخص الاعتباري في إحدى هذه الدول،ويبقى تقريـــر صـــفة الملكية الجوهرية متروكا لملابسات وظروف كل حالة سواء كانت لدولة معينة أو لرعاياها أو لأكثر من دولة من الدول الأعضاء أو لرعايا هذه الدول،لكي لا تحرم أموال المؤسسات المالية والاستثمارات العربية التي يوجد مقرها الرئيسي بالخارج من ضمان المؤسسة وما أكثرها[1].

إن العمـــل بفكرة ضمان استثمارات الأشخاص الاعتبارية التي يكون مقرها الرئيسي خارج حـــدود الدول المتعاقدة يؤدي إلى توسيع صفة الانتماء من النطاق الشخصي إلى النطاق الموضوعي لان الانتماء لم يعد يخص الشخص ذاته بقدر ما يخص الاستثمار كنشاط وهو أ مر لا يتماشى مع الفكرة التي تقضي بان نشاط المؤسسة يجب أن يشمل فوائد الاستثمارات التابعة للدول التي ساهمت في تمويل المؤسسة .

والجديـــر بالملاحظـــة ان الاتفاقـــية العربية للضمان لم تترك موضوع تحديد انتماء الأشخاص الاعتـــبارية والاستثمارات المملوكة لهم الى الدول الأعضاء وللقوانين الداخلية للدول المتعاقدة ،بل تولـــت تحديـــد ذلك بما وضعته من معايير متبنية في ذلك معيارا موحدا عملت به كحكم اتفاقي يســـمو عـــلى الأحكام الداخلية للدول الأعضاء وهو ما يفسر عدم اهتمام الاتفاقية بربط انتماء الشـــخص الاعتباري بدولة محددة بقدر اهتمامها بتحديد انتمائه لمجموع الدول المتعاقدة ولعل عدم اهـــتمام الاتفاقية بتحديد تبعية الشخص الاعتباري لدولة محددة بالذات راجع الى كون أن المعيار الـــذي اعتنقـــته الاتفاقية لا يعد معيارا لتحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية بالمعنى القانوني لأنه لا يقـــف عـــند تحديد الإطار القانوني لهذه الأشخاص،بل ينفذ وراء ذلك ليكشف عن حقيقة القوى

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلدان العربية. المرجع السابق ص 105

الاقتصـــادية المســـيطرة على المشروع الاستثماري للتحقق من الانتماء الفعلي للشخص الاعتباري وذلك للأسباب التالية:

-إن هناك تشريعات داخلية تكون فيها الجنسية مبنية على روابط شكلية لا تعبر بصدق عن مدى انـــتماء الشـــخص الاعتباري للاقتصاد القومي للدولة مانحة الجنسية كالأخذ مثلا بمعيار التأسيس اســـتنادا الى الاعتـــبارات السياسية التي تعتنقها الدولة،مما يجعل الأخذ بمعيار الرقابة اكثر استجابة للظـــروف الواقعية وهذا ما يتفق تماما مع الأسس الحديثة التي تقوم عليها فكرة الجنسية كما جاء ذلك في أحكام محكمة العدل الدولية التي أشرنا إليها في مواضيع سابقة من هذا البحث[1].

-إن عـــدم تـــرك مسالة تحديد انتماء لشخص الاعتباري للتشريع الداخلي للدول المتعاقدة وتبني معـــيـــار موحد من قبل الاتفاقية يسمح بقبول المشروعات العربية المشتركة طرفا في عقد الضمان دون حاجـــة إلى البحث في مدى تمتعها بجنسية إحدى الدول الأعضاء مادامت أسهمها وحصصها مملوكة بصفة جوهرية للدول الأعضاء المتعاقدة ولمواطنيها ومادام مركز إدارتها بإحدى هذه الدول[2] رغم أن الأخذ بمعيار مركـــز الإدارة لرئيسي وجهت له انتقادات شديدة مادام يؤدى الى حرمان اســـتثمارات عربـــية من الضمان لمجرد وجود مركزها خارج الأقطار المتعاقدة في الوقت نفسه فان الأخذ بها المعيار يؤدي الى ضمان أموال أجنبية في المشروعات التي تكون ملكيتها الجوهرية للدول المـــتعاقدة أو رعاياهـــا وهـــي نتيجة تبدو لنا بأنها غير منطقية وتتعارض مع أهداف نظام الضمان العـــربي،لذلك حاول واضعوا الاتفاقية تدارك هذا التناقض من خلال التعديل الذي أشرنا إليه فيما ســـبق،كما أن استبعاد ضمان الاستثمارات التي تعود ملكيتها للدولة المضيف وجدت هي الأخرى انتقادا على أساس أن الغاية من نظام الضمان هو تيسير حركة رؤوس الأموال بين الدول الأعضاء لتحقيق التنمية الاقتصادية ومادام الاستثمار الأجنبي يحقق هذه الغاية سواء كان مملوكا لرعايا الدول المـــتعاقدة أو لـــرعايا الـــدول المضيفة فان النتيجة واحدة وان الضمان ينبغي أن ينصب على المال المستثمر لا على المستثمر ذاته وان التفرقة يجب أن تنصب على الاستثمارات الوطنية والاستثمارات الأجنبية،فمتى كانت الأموال محولة من الخارج تعد استثمارا أجنبيا بغض النظر عن المستثمران كان

---

[1]هشام علي صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية ، منشأة المعارف الإسكندرية ص 90

[2]هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية. (مقال)المرجع السابق ص148

متمـــيا بجنســـيته للدولة المضيفة أو غير متميا لها[1] والقول بخلاف ذلك سوف يؤدي الى استبعاد المشـــروعات المشـــتركة من الضمان رغم الأولوية التي تحظى بها،إذا كان المشروع ينفذ في الدولة المضيفة وكانت تشريعات هذه الأخيرة تأخذ بفكرة مركز الاستغلال كمعيار للكشف عن جنسية الأشـــخاص الاعتـــبارية المنتمية إليها أو معيار الإدارة الرئيسي،فان ذلك سوف يؤدي الى اعتبار الشـــخص الاعتباري الذي يستثمر أمواله في تلك الدولة من رعاياها،الأمر الذي يؤدي الى حرمانه من ضمان المؤسسة، هذه النتيجة التي يمكن تصور وقوعها تتناق مع أهداف المؤسسة ومع الأولوية الممنوحة للمشروعات المشتركة بمقتضى المادة 16 من الاتفاقية العربية للضمان.

مدى استمرار توافر شرط الانتماء من عدمه.

مـــا مـــن شك أن المادة 17 من الاتفاقية العربية للضمان قد تطرقت لهذه المسالة وذلك من خـــلال ربطهـــا للفكـــرة تعويض المستثمر بوجوب تمتعه بجنسية إحدى الدول المتعاقدة،كما أنها اشـــترطت لقبوله كطرف في عقد الضمان أن يكون متمتعا بجنسية إحدى الدول التعاقد على أن أهمية هذا الشرط تزداد صعوبة وتعقيدا حينما يتخلف شرط الجنسية بعد إبرام عقد الضمان وقبل اســـتحقاق الـــتعويض وفي هذا الصدد اكتفت الاتفاقية بإحالة الأمر على عقد الضمان، كما جاء ذلك في الفقرة الثانية من المادة 17 (تتضمن عقود التامين ما يجيز للمؤسسة تعديل العقد أو فسخه أو اتخـــاذ أي إجـــراء مناسب آخر إذا تخلف بعد تاريخ إبرام العقد شرط من الشروط الواردة في الفقرة السابقة.إلا انه يجب أن تتوافر هذه الشروط عند مطالبة المستثمر بما يستحقه من تعويض عن الخسائر المؤمن عليها)

إن النص السابق يفترض احتمالين أما النص في العقد بالفسخ بمجرد تخلف شرط الجنسية،أي اعتبار انتفاء شرط الجنسية شرطا فاسخا.

أما الافتراض الثاني فيقوم على تعليق شرط الفسخ على إرادة المؤسسة دون أن يكون التخلف ســـببا للانتهاء التلقائي، وتبدو أهمية الافتراض الثاني في تطابقه مع ما أخذت به الاتفاقية من جواز إحالـــة حقـــوق والتزامات الطرف المضمون الى الغير متى توافرت في المحال إليه الشروط المنصوص

[1] هشام صادق:النظام العربي للضمان.دار المعرف .المرجع السابق ص112.

عليها في ا المادة 17[1]،لأنه ليس من مصلحة المؤسسة إن تسارع في استخدام حقها في إنهاء العقد تلقائيـ مادام انه من المتوقع أن تنتقل الأسهم المشمولة بالضمان الى مستثمر تتوفر فيه الشروط المطلوبة قبـــ نشأة الخطر أو تحققه،إذ ليس هناك ما يمنع من تعويض المحال إليه فيما لو نشأ الخطر في تاريخ لاحــ على تاريخ حوالة الحق.

الفـــرع الرابــع

الاستثمارات العربية الصالحة للضمان.

تناولت المادة 15 من الاتفاقية العربية للضمان الاستثمارات الصالحة للتامين بنصها في فقرتها الأولى على انه(تشمل الاستثمارات الصالحة للتامين كافة الاستثمارات ما بين الأقطار المتعاقدة ســــواء كانت من الاستثمارات المباشرة... أو استثمارات الحافظة... وكذلك القروض التي يجاوز اجلها ثـــلاث سنوات أو القروض ذات الأجل الأقصر التي يقر المجلس على سبيل الاستثناء صلاحيتها للتامين).

ومن خلال هذا النص يتضح أن الاتفاقية قد توسعت في منهومها للاستثمارات الصالحة للضمـــان دون التمييز بين الاستثمارات العامة والاستثمارات الخاصة والاستثمارات المباشرة وغير المباشـــرة وفي تحديد طبيعة القروض إن كانت إنمائية أو تصديرية خلافا لما عليه الوضع في كثير من أنظمة الضمـــان الوطنية والدولية[2].

إن مثل هذا التوسع تقتضيه الظروف الخاصة للعالم العربي حيث يلعب القطاع العام دورا كبيرا في استثماراتها الخارجية مما يجعل هذه الاستثمارات عرضة للأخطار السياسية[3]، بل هناك مخاطر يلتقي فيها الاستثمار العام والخاص مثل مخاطر الحروب والانقلابات.

---

[1]إن عقود الضمان التي أعدها المؤسسة لا تشترط أية موافقة مسبقة للمؤسسة في حالة حوالة الحق لغير وبهذه الطريقة قد تفاجــ المؤسسة بان المحال ليه قد لا تتوفر فيه شروط الصلاحية للضمان لان لا يستطيع معرفة ما إذا كان المحال إليه يتمتع بجنسية إحــدى الدوال المتعاقدة .هشام صادق.النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر. المرجع السابق ص123،124.

[2]لا يسمح نظام ضمان الوكالة الدولية بضمان قروض التصدير والقروض العامة،كما يقوم نظام الضمان الأمريكي على التركـــيز على ضمان الاستثمارات الخاصة المباشرة التي تساهم في الإنماء الاقتصادي للدول المضيفة انظر:عفيفي حاتم.المرجع السابق ص 251

[3]انظر في هذا الصدد الدراسة المقدمة الى مجلس المؤسسة في أكتوبر 1975 بعنوان: نظرة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربيـــة لضمان الاستثمار في ضوء الظروف الجديدة لمناخ الاستثمار في العالم العربي .. المرجع السابق 24.

كما أن الاتفاقية أعطت اهتماما خاصا للقروض مما يؤكد على الطابع المميز لطبيعة الاستثمار العربي الذي يتخذ شكل الاستثمار غير المباشر،لذلك جاء مفهوم الاستثمار الصالح للضمان في أوسع العبارات بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه الاستثمار،لكن هذا لا يعني عدم لجوء الاتفاقية الى تقييد الاستثمارات المضمونة بل يمكن، ملاحظة ذلك من خلال الأولويات التي يتعين على المؤسسة العربية للضمان مراعاتها والتي استوجبتها المادة ١٥، والمتمثلة في ضمان الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي والمشروعات المؤدية إلى تحقيق التكامل الاقتصادي العربي،وكذا الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقة الإنتاجية للدولة المضيفة والاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملا أساسيا في تنفيذها.

كما يعتبر من بين القيود التي وضعتها الاتفاقية لقبول الاستثمار المضمون والتي تستوجب على المؤسسة مراعاتها أن تكون جميع أنواع الاستثمارات(عامة أو خاصة أو مختلطة) تعمل على أسس تجارية وان تكون جديدة أي الاستثمارات التي يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين ،كما تعتبر عوائد الاستثمارات استثمارا جديدا يجوز تغطيته بالضمان،ولو أن هناك من يرى بان إطلاق المؤسسة في تغطية عوائد الاستثمار دون قيد أو شرط قد يحيدها عن الهدف الذي وجد من اجله نظام الضمان وانه من المناسب للمؤسسة أن تتولى تغطية العوائد القابلة للتحويل الى الخارج أو العوائد التي توزع كأرباح،بحيث يصبح الضمان في الحالتين عاملا مشجعا على إعادة استثمارها في الدولة المضيفة[1].

كما انه من بين القيود التي استوجبتها الاتفاقية لضمان الاستثمار أن يكون تنفيذ الاستثمار المضمون في ما بين الدول المتعاقدة،فإذا ما كان انتقال الاستثمار من دولة غير عضو في المؤسسة الى دولة عضو فانه يخرج عن نطاق ضمانها،ويرى البعض انه تلافيا لما يمكن أن يثيره هذا الشرط من صعوبة التيقن عمليا من شرط انتقال أو عدم انتقال الاستثمار من دولة عضو متعاقدة ودولة غير متعاقدة للاستثمار في دولة متعاقدة من خلال المشروعات المشتركة هو وضع يصعب التيقن منه وتفاديا لهذه النتيجة يقترح بان تشترط المؤسسة توطن المستثمر المضمون في إحدى الدول المتعاقدة كقرينة مادية على قدوم الاستثمار من إحدى الدول المتعاقدة[2]ولم تشترط الاتفاقية بأن يكون الاستثمار الصالح للضمان وافدا من دولة مصدرة لدولة مستوردة كما هو الشان عليه في الوكالة

---

[1] إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية للاستثمار.المرجع السابق ص30.

[2] عاطف ابراهيم محمد.ضمانات الاستثمار . المرجع السابق.ص172.

العبارات بغض النظر عن الشكل الذي يتخذه الاستثمار،لكن هذا لا يعني عدم لجوء الاتفاقية الى تقييد الاستثمارات المضمونة بل يمكن، ملاحظة ذلك من خلال الأولويات التي يتعين على المؤسسة العربية للضمان مراعاتها والتي استوجبتها المادة 16، والمتمثلة في ضمان الاستثمارات الكفيلة بزيادة التعاون الاقتصادي والمشروعات المؤدية إلى تحقيق التكامل الاقتصادي العربي،وكذا الاستثمارات التي يثبت للمؤسسة فاعليتها في بناء الطاقة الإنتاجية للدولة المضيفة والاستثمارات التي يعتبر الضمان الذي تقدمه المؤسسة عاملا أساسيا في تنفيذها.

كما يعتبر من بين القيود التي وضعتها الاتفاقية لقبول الاستثمار المضمون والتي تستوجب على المؤسسة مراعاتها أن تكون جميع أنواع الاستثمارات(عامة أو خاصة أو مختلطة) تعمل على أسس تجارية وان تكون جديدة أي الاستثمارات التي يلي تنفيذها إبرام عقد التأمين ،كما تعتبر عوائد الاستثمارات استثمارا جديدا يجوز تغطيته بالضمان،ولو أن هناك من يرى بان إطلاق المؤسسة في تغطية عوائد الاستثمار دون قيد أو شرط قد يحيدها عن الهدف الذي وجد من اجله نظام الضمان وانه من المناسب للمؤسسة أن تتولى تغطية العوائد القابلة للتحويل الى الخارج أو العوائد التي توزع كأرباح،بحيث يصبح الضمان في الحالتين عاملا مشجعا على إعادة استثمارها في الدولة المضيفة[1].

كما انه من بين القيود التي استوجبتها الاتفاقية لضمان الاستثمار أن يكون تنفيذ الاستثمار المضمون في ما بين الدول المتعاقدة،فإذا ما كان انتقال الاستثمار من دولة غير عضو في المؤسسة الى دولة عضو فانه يخرج عن نطاق ضمانها،ويرى البعض انه تلافيا لما يمكن أن يثيره هذا الشرط من صعوبة التيقن عمليا من شرط انتقال أو عدم انتقال الاستثمار من دولة عضو متعاقدة ودولة غير متعاقدة للاستثمار في دولة متعاقدة من خلال المشروعات المشتركة هو وضع يصعب التيقن منه وتفاديا لهذه النتيجة يقترح بان تشترط المؤسسة توطن المستثمر المضمون في إحدى الدول المتعاقدة كقرينة مادية على قدوم الاستثمار من إحدى الدول المتعاقدة[2] ولم تشترط الاتفاقية بأن يكون الاستثمار الصالح للضمان وافدا من دولة مصدرة لدولة مستوردة كما هو الشان عليه في الوكالة

الدولية للضمان وفي أنظمة الضمان الوطنية،بل يشمل تامين المؤسسة الاستثمارات فيما بين الدول المتعاقدة دون تميز بينها،كما أنها لم تشترط في الاستثمار الصالح للضمان أن يسهم في التنمية الاقتصادية للدولة المضيفة معتبرة أن شرط موافقة الدولة المضيفة في تنفيذ الاستثمار على إقليمها يعد قرينة على فائدة الاستثمار بالنسبة لها[1]ومع ذلك يجوز للمؤسسة أن ترفض إبرام عقد الضمان بالرغم من موافقة الدولة المضيفة على تنفيذ الاستثمار محل الضمان إذا قدرت عدم تحقيقه للفائدة الاقتصادية المرتقبة خاصة وان الاتفاقية العربية للضمان لم تشترط في الاستثمار الصالح للضمان أن يسهم في التنمية الاقتصادية للبلد المضيف.ويرى البعض أن اشتراط المؤسسة العربية للضمان حصول المستثمر طالب الضمان على موافقة الدولة المضيفة لضمان استثماره يعد عائقا قد يحول دون إتمام عملية الضمان نظرا للتعقيدات الادارية و البيروقراطية التي قد تحول دون الحصول على الإذن بالموافقة لذلك يكون من الأجدر على المؤسسة أن تتولى الاتفاق مع حكومات الدول الموقعة على الاتفاقية،بان تتفق على صيغة مبسطة كان تفترض أن مجرد الموافقة على تنفيذ الاستثمار موافقة على قبولها للضمان[2]الى جانب ما اشترطته الاتفاقية من قيود فيما يتعلق بالاستثمارات الصالحة للضمان وصلاحية المستثمر المضمون و أنواع المخاطر التي يجوز تغطيتها بالضمان فقد تضمنت الاتفاقية قيودا أخرى من ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 18 من عدم جواز ضمان المؤسسة الى الخسائر التي أصابت المستثمر فيما لو ترتب على إجراء اتخذته السلطات العامة في الدولة المضيفة وكان هذا الإجراء تتوافر بشأنه عمليات التامين بشروط معقولة.أو كان الإجراء الذي اتخذته السلطة العامة في الدولة المضيفة من الإجراءات العادية التي تمارسها تنظيما لنشاطها الاقتصادي دون أي تمييز إذا وافق المستثمر المضمون صراحة على اتخاذ الإجراء الذي تسبب في الضرر الذي لحق به أو كان مسؤولا عنه مسؤولية مباشرة،فلا يعقل أن يقوم ضمان المؤسسة مادامت الخسارة التي لحقت المستثمر راجعة الى خطئه الشخصي أو موافقته.

---

[1]عصام الدين بسيم.النظام القانوني... المرجع السابق ص415

[2]عاطف إبراهيم .ضمانات الاستثمار .... المرجع.السابق ص195

كما انه من بين القيود التي وضعتها المؤسسة العربية للضمان على الاستثمار الذي تتولى ضمانه تحديدهـــا للحد الأقصى لعمليات الضمان بالنسبة لكل مستثمر،حيث حدد سقف الضمان للعملية الواحدة بـــ:10./.من رأسمال المؤسسة مضافا إليه الاحتياطي بالنسبة للاستثمارات العادية و20 ./.بالنســـبة للمشروعات المشتركة،[1]وان مبلغ الضمان الذي يدفع عند تحقق الخسارة لا يجب أن يفـــوق قيمة الخسارة المتحققة بالفعل أو مبلغ التعويض المتفق عليه في عقد الضمان أيهما اقل[2] مما يعني أن تقييد التعويض شرط أساسي في نظام الضمان،وانه لكي يطالب المستثمر المؤمن بالتعويض يجب أن تتوفر فيه عدة شروط منها ما يمكن وصفها بالشروط العامة كاستمرارية صلاحية المستثمر للضـــمان وشـــرط عـــدم انتمائه للدولة المضيفة وان يكون من رعايا الدول المتعاقدة،وان تكون الاســـتثمارات المضـــمونة مملوكة ملكية جوهرية للدول المتعاقدة أو لرعاياها...الخ. وشروط خاصة تنص عليها عقود الضمان[3]،وهذه الشروط هي:

1)أن ينشأ الخطر خلال فترة الضمان وان يتم الإخطار عنه

تشترط عقود ضمان الاستثمار أن ينشأ الخطر خلال نفاذ عقد الضمان ،أي من تاريخ التوقيع عـــلى العقـــد أو تاريخ استلام الطرف الضامن للوثائق التي تثبت البدء في تنفيذ القروض وان يتم إخطـــار الطـــرف الضامن بأي إجراء يؤدي الى نشأة الخطر من المخاطر التي يغطيها عقد الضمان خـــلال شهر من تاريخ حدوث الخطر،ويجب أن يتضمن الأخطار تاريخ الواقعة وجميع المعلومات المتعلقة بالخطر ونوعه وطبيعته والإجراءات التي اتخذت أو المراد اتخاذها من قبل المستثمر للمحافظة عـــلى حقوقـــه،وفي جميع الأحوال يجب أن يتضمن الإخطار جميع المعلومات اللازمة لتحديد قيمة الخسائر مدعمة بالأدلة.

---

[1] المقصـــود بالمشـــروعات المشتركة،المشـــروعات الـــتي تشـــترك في تكوين رأسمالها دولتان أو اكثر من الدول الأعضاء أو رعايا هذه الدول،بحيـــث لا يقتصر تفسير معنى المشروع العربي المشترك على المشروعات الدولية التي تتميز بعدم تبعيتها السياسية والقانونية لدولة محددة،بـــل ينبغي أن يشمل مفهوم المشروع المشترك المشروعات التي يساهم في رأسمالها أشخاص من جنسيات مختلفة ولو كانت هذه المشروعات،بوصـــفها أشـــخاص اعتـــبارية تتمـــتع بجنسية دولة معينة على انه في جميع الحالات يجب أن تراعى صفة الملكية الجوهرية للمشروع المشترك والذي ينبغي أن تكون حصصه و أسهمه مملوكة للدول الأعضاء أو لرعايا هذه الدول.انظر في تفصيل هذا الموضوع المذكرة المتضمنة الدراسة المقدمة لمجلس المؤسسة في أكتوبر 1975.المرجع السابق ص58 وما بعدها.

[2] المادة 9 من عقد ضمان القروض لعام ....

[3] إبراهيم شحاته المؤسسة العربية للضمان.المرجع السابق ص34

أما إذا لم يقم المتضرر بالإخطار خلال مدة الشهر المحددة فيسقط حقه في التعويض[1]

2)أن يتحقق الخطر طبقا لما هو منصوص عليه في عقد الضمان.

يعتبر التعويض مستحقا إذا ترتب عن الإجراء المتخذ من قبل الدولة المضيفة حرمان المستثمر المضمون من حق من حقوقه الجوهرية على استثماره لمدة سنة على الأقل إذا تعلق الأمر بضمان استثمار مباشر،ومدة 6 اشهر بالنسبة لعقد القرض إذا أدى ذلك بصفة مباشرة الى منع أو تأخير الوفاء بأي قسط من الأقساط المستحقة أو عوائده من تاريخ نشأة الخطر،أما إذا تسبب الخطر في منع أو تأخير سداد القسط التالي للقسط الذي استحق عنه التعويض فانه يكفي لكي يعتبر الخطر قد تحقق مرور مدة شهرين[2].

أما بالنسبة لخطر تحويل العملة فيعتبر محققا إذا استمر رفض السلطة العامة في الدولة المضيفة تحويل مستحقات المستثمر المضمون مدة شهرين اعتبارا من تاريخ تسلم العملة المحلية أو تاريخ الرفض.

إذا لم تقم السلطات العامة في الدولة المضيفة بالموافقة على التحويل خلال مدة 3 اشهر من تاريخ تقديم الطلب وكان مستوفيا لجميع الشروط،ما لم يكن العمل قد جرى في تلك الدولة بتجاوز تلك الفترة لا مكان التحويل.وتعتبر المدد السابقة شرطا لتحقق الخطر أيا كان نوعه ومن ثم تعد شرطا لاستحقاق التعويض.

3)أن لا تكون المخاطر نتيجة خطأ شخصي أو غش.

من الطبيعي أن لا تسأل المؤسسة عن التعويض الذي يكون المتضرر المتسبب في وقوع الخطر لان ذلك يعتبر استجابة للقواعد العامة في أنظمة التامين ،وهو ما أكده حكم محكمة التحكيم في النزاع الذي ثار بين وكالة التنمية الدولية الأمريكية للضمان وبين شركة فلانتين البترولية والذي

---

[1] لم يتطلب عقد ضمان معدات المقاولات الذي أبرمته المؤسسة العربية عام 1996 مهلة محددة للإخطار عن وقوع الخطر في حين نص كل من عقدي ضمان الاستثمار المباشر وعقد ضمان القروض لعام 1996 الأخطار عن وقوع الخطر خلال مدة شهر.انظر في ذلك:عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار.... المرجع السابق ص215.

[2] انظر في ذلك أحكام المواد 38 و40 من عقد الضمان الاستثمار المباشر والمادة 33 من عقد ضمان القروض ،مشار إليها في:عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار ...... المرجع ص216 ، 215.

جاء فيه(بان ضمان الوكالة الأمريكية يمتد نطاقه الى واحد أو اكثر من المخاطر غير التجارية أو الى جميع المخاطر عدا ما ينجم من غش المستثمر أو خطأه الجسيمة[1] ويعتبر من قبيل الأخطاء الشخصية للمتضـــرر المضـــمون إهماله في اتخاذ الاحتياطات والإجراءات المعتادة لتلافي الخطر وان لا يكون المستثمر قد أخل بأي التزام من التزاماته سواء تجاه الدولة المضيفة أو تجاه المؤسسة كهيئة ضامنة من ذلك:

-التزام المستثمر المضمون باحترام التشريعات الداخلية للدولة المضيفة.

-مراعاة المستثمر المضمون لمقتضيات حسن النية في تنفيذ التزاماته،مع محافظته على حقوق الطرف الضامن خاصة تلك التي يحل فيها محله.

-التزام المستثمر المضمون بأداء أقساط التامين

-الالـــتزام بـــالإبلاغ الفوري عند حدوث أي إخلال يرتب مسؤولية المؤسسة أو أي التزام يتعلق بحقوق المستثمر سواء تعلق الأمر بالاستثمار او عوائده مع تسليم الهيئة الضامنة المستندات والوثائق الدالة عن الحقوق والضمانات[2].وبتوفر الشروط العامة و الخاصة يكون للمستثمر المضمون الحق في الـــتقدم للمؤسســـة بطلب أداء التعويض،وقد حددت الاتفاقية ميعاد التقدم بطلب التعويض بـــ: 180 يوما من تاريخ تحقق الخطر والحكمة من ذلك كما يراها البعض أن تحديد مثل هذه الفترة يحـــول دون تراخي المستثمر المضمون في التقدم بطلب التعويض كي يسهل معها التيقن من صحة المســـتندات المقدمة من جانب المستثمر والحفاظ على حقوقه لدى الدولة المضيفة[3]ويبقى للمؤسسة أن تحـــتفظ بحقها في استرجاع مبلغ التعويض الذي دفعته فيما لو تبين أن المستثمر لم يكن مستحقا له،وعـــلى المؤسسة أن تتخذ موقفا نهائيا في شان طلب التعويض بالقبول أو الرفض خلال مدة 6 اشـــهر مـــن تاريخ استيفاء الطلب للشروط بالنسبة لخطر نزع الملكية وجميع الصور الماسة بحقوق الملكـــية و مخاطر الحروب والاضطرابات،أما فيما يتعلق بمخاطر العملة،أن عقود ضمان الاستثمار المباشـــر قد حددتها بشهرين من تاريخ تسلم المؤسسة للطلب على أن يلتزم الطرف المضمون بان يحـــول ويتـــنازل للهيئة الضامنة أو لمن تعينه عن المبالغ التي تسلمها من المشروع المستفيد من اصل

[1]عاطف إبراهيم محمد. نفس المرجع السابق ص217.

[2]هشام صادق.النظام العربي لضمان المخاطر غير التجارية.المرجع السابق ص202

[3]عاطف إبراهيم ضمانات الاستثمار... المرجع ص221.

استثماره وعوائده وجميع المبالغ التي أديت من الغير كتعويض عن الأضرار المطلوب التعويض عنها خــلال اجــل أقصـــاه 6 اشهر من تاريخ إخطاره بالموافقة على طلب التعويض ويسقط الحق في التعويض الذي حددته المؤسسة للمستثمر المضمون إذا لم يف بالتزاماته في شان حوالة الحق[1] .

خـــلال المدة المذكورة أعلاه ما لم يقم بإجراءات التحكيم،ويعتبر القرار نهائيا بعد مرور ثلاثة اشهر ما لم يقم المستثمر المضمون بإجراءات التحكيم[2].

أمـــا إذا لم يتضمن عقد الضمان أي تحديد للمطالبة بالتعويض[3] فانه يمكن تحديد وقت المطالبة مـــن لحظـــة وقوع الخطر أو لحظة امتناع الدولة المضيفة عن تنفيذ قرار التحكيم أو حكم قضائي يحصل عليه المستثمر إلا أن مقتضيات العمل تستوجب بان لا تكون المطالبة بالتعويض مبكرة ما لم تـــتأكد المؤسســـة مـــن صحة المطالبة وتوافر شروطها،وان لا تكون متأخرة حتى تقلل من أهمية الضمان.وقد برزت أهمية هذه المسالة في حكم التحكيم الذي أشرنا إليه فيما سبق والخاص بوكالة الدولـــية الأمريكية للضمان وشركة فلانتين البترولية عام 1967 حيث ينص عقد الضمان المبرم بـــين الوكالـــة والمســـتثمر باتخـــاذ هذا الأخير (الإجراءات المعقولة للقيام بكافة الوسائل الادارية والقضـــائية التي يمكن اللجوء إليها فيما يتعلق بالإجراءات النازعة للملكية)،وفي تفسيرها لهذا النص أكدت محكمة التحكيم بأنه من غير المعقول أن يفسر نظام يهدف إلى خدمة المستثمر بكيفية تجعله يكون ملتزما باتباع إجراءات التقاضي في ظروف تجعل من هذا التقاضي مجرد مضيعة للوقت ومزيد مـــن النفقات[4]و مضمون هذا الحكم أن الإجراءات التي تكون نتيجتها مخالفة للغاية التي وجد من

---

[1] من بين الالتزامات الواقعة على عاتق المستثمر تجاه المؤسسة الضامنة له قبوله بحلولها محله فيما يكون له من حقوق على الاستثمار المؤمـــن علـــيه أو ما ينشأ له من حقوق نتيجة الخسارة التي تصيبه،وتبرز أهمية هذا الحلول في شقين هما علاقة المؤسسة بالمستثمر ويعتبر عقد الضمان الإطار الكفيل بتحديد هذه العلاقة.أما الشق الثاني فيتعلق بعلاقة المؤسسة بالدولة المضيفة للمستثمر وهنا نشير الى أن الاتفاقية اكتفت بالنص على قيام الأقطار المتعاقدة بان تقدم للمؤسسة التسهيلات المناسبة للانتفاع بما حلت فيه من حقوق وفي أسرع وقت ممكن انظر في ذلك:إبراهيم شحاته.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص40 ، 39

[2] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار .المرجع السابق ص 222و223

[3] لقد أشرنا فيما سبق أن عقد ضمان معدات المقاولات الذي أبرمته المؤسسة لم يتضمن تحديد مدة الإخطار ومهلة التعويض.

[4] إبراهيم شحاته:مقال .(أول قضية تحكيم بشان ضمان الاستثمارات الأجنبية)المجلة المصرية للقانون الدولي المجلد عام 1970 ص 193 وما بعدها،انظر في ذلك أيضا نفس المؤلف.المؤسسة العربية لضمان الاستثمار.المرجع السابق ص 39.

اجله نظام الضمان تكون بمثابة الحكم الباطل لتعارضها مع أصل الحق . لأن الغاية من نظام الضمان هي حماية المستثمر المضمون وليس العكس.

الفصل الثالث

الوسائل الدولية لفض منازعات الاستثمار الأجنبي

تمهيد/

ما من شك أن اتفاقيات حماية وضمان الاستثمار على المستويين الثنائي والمتعدد الأطراف قد عنيت بتحديد نطاق ومضمون حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة،لكن ذلك لا يخلو عند التطبيق العملي من بروز خلافات ومنازعات في تطبيق أحكام تلك الاتفاقيات سواء تعلق الأمر بتحديد مضمون نطاقها أو بنقض أحد الأطراف لالتزاماته.لذا لا يكفى أن تحدد الدول القواعد الموضوعية التي يتم على أساسها معاملة الاستثمار الأجنبي، بل لابد من وجود وسائل أخرى تطمئن المستثمر عند حدوث أي نزاع ينشأ بينه وبين الدولة المضيفة له يتولى من خلالها فض النزاع سواء كانت هذه الوسائل داخلة أم دولية،لان المستثمر حتى ولو كان يعي حقوقه والتزاماته ويحرص على التمتع بها إلا انه قد يكون اكثر حرصا تجاه الوسيلة التي يعتمد عليها في فض نزاعه عندما تصطدم حقوقه ومصالحه مع حقوق الدولة المضيفة.[1] حتى وان أقرت له الدولة المضيفة بحق اللجوء إلى جهاز قضائي مستقل ومحايد كتعبير منها عن رغبتها في إيجاد الوسيلة المناسبة لحسم ما قد يثور من خلاف عند تصادم المصالح، وإسهاما منها في خلق مناخ استثماري يعمل على خلق الثقة وحسن استغلال الموارد المالية المتاحة على الصعيد الدولي في شكلها المباشر وغير المباشر[2] ومع ذلك تبقى شكوك ومخاوف المخاطر السياسية تراود المستثمر كشريك أجنبي.

لذا فان الحماية الإجرائية لا تقل من حيث أهميتها عن الحماية الموضوعية لان المناخ الاستثماري لا يتأثر فقط بالنظم والقواعد السائدة في الدولة المضيفة وفي الاتفاقيات المتضمنة للقواعد التي تحكم روابط الاستثمار في مرحلة الثبات والسكون،بل يتأثر هذا المناخ الاستثماري أيضا بطرق وأساليب التسوية عند تنفيذ الاستثمار وفي مرحلة الحركية،خاصة وان التسوية قد تكتنفها صعوبات جمة بسبب

---

[1] إبراهيم شحاته.مقال:الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها.المجلة المصرية للقانون الدولي العدد 24 لعام 1968.ص146

[2] يحي الجمل و احمد عشوش.مقال:بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار. معهد البحوث والدراسات العربية.المنظمة العربيةللتربية والثقافة والعلوم دار غريب للطباعة القاهرة ط1978 ص163.

اختلاف المراكز القانونية لطرفي النزاع،إذ يكون أحدهما دولة ذات سيادة ولها الشخصية الدولية،والآخر شخص خاص(طبيعي أو معنوي)لا يتصف بهذه الصفة[1].

ونتيجة لذلك،فان التسوية القضائية للنزاع قد يكتنفها المزيد من التعقيد والغموض وقد يجد المستثمر نفسه عاجزا عن مقاضاة الدولة المضيفة أمام قضائها من منطلق حصانة الدولة أمام قضائها الداخلي مما يجعلها تمتعها بمبدأ السيادة، من جهة ومن جهة ثانية جهل المستثمر الأجنبي لطبيعة إجراءات التقاضي الداخلية للدولة المضيفة.

كما انه لا يمكن للمستثمر الأجنبي مقاضاة الدولة المضيفة أمام القضاء الدولي باعتبار أن التقاضي أمام القضاء الدولي لا يكون إلا بين أشخاص القانون الدولي ولا يعتبر الفرد كذلك[2].

لذا فان التسوية القضائية لم تخل من مصاعب سواء على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي،فإذا كان الأصل وحسب مقتضيات القواعد العامة في الاختصاص القضائي،أن ينعقد الاختصاص للقضاء الوطني للدولة المضيفة في منازعات الاستثمار،ما لم يكن هناك نص خاص في الاتفاقية أو في عقد الضمان يقضي بخلا فذلك أو بحسب الاتفاق الذي يتم بين المستثمر و الدولة المضيفة له[3]ويرتضي بمقتضاه الطرفان اللجوء الى وسيلة دولية لفض النزاع دون القضاء الداخلي.

وقد أثير التساؤل حول مدى خضوع منازعات الاستثمار للقضاء الوطني للدولة المضيفة ومدى ملاءمة ذلك خاصة و أن القانون الدولي لا يحول دون ما يتفق عليه الأطراف من اختصاص قضائي بديل للاختصاص الثابت للقضاء الداخلي؟

للإجابة عن هذا التساؤل نستعرض الحماية الإجرائية على الصعيدين الوطني والدولي وموقف الفقه و القضاء الدوليين منهما من خلال تقسيمنا لهذا الفصل الى مبحثين، نتناول في المبحث الأول استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية ومدى مشروعية ذلك،وفي المبحث الثاني إجراءات التقاضي الدولية من خلال المركز الدولي لتسوية المنازعات .

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار.المرجع السابق ص248

[2] يحيى الجمل واحمد عشوش. بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار. المرجع ص 264

[3] نص المرسوم التشريعي رقم 93 -12 المتضمن ترقية الاستثمار الصادر في 5 أكتوبر 1993 في المادة 41 منه على أن ينظر النزاع أمام المحاكم المختصة إلا إذا كان هناك اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف تتعلق بالصلح والتحكيم أوهناك اتفاق خاص ينص على شرط التحكيم.

المبحث الأول

تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي محليا

يســـتعمل الفقه مصطلحات مختلفة للدلالة على هذا الإجراء،فهناك من يستعمل مصطلح استنفاذ إجـــراءات التقاضي الداخلية،وهناك من يستعمل مصطلح وسائل الإصلاح المحلية، أو وسائل استنفاذ المـــراجعة الداخلـــية وجميعها تعطي معنى واحدا مفاده تسوية التراعات التي تثور بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة له من خلال إجراءات التقاضي المحلية،ولو أن عبارة التقاضي لها معنى محددا،بينما تأخذ المصطلحات الأخرى معاني أوسع فتشمل في مفهومها التسوية الادارية والقضائية في آن واحد.

بينما مصطلح إجراءات التقاضي فيعني به الأحكام القضائية التي تخص السلطة القضائية ا بصفتها جهاز مستقل عن سلطة الإدارة والهيئات التنفيذية وتصديها للتراع من خلال تقنيات جهاز التقاضي.[1] ويعتـــبر قضـــاء الدولـــة المضيفة أهم وسيلة من وسائل فض التراعات على المستوى الداخلي بالنسبة للمســـتثمر فـــيما لو تعرضت أمواله أو استثماراته الى أي خطر من الأخطار الماسة بحق الملكية،رغم الصفة التي يتميز بها المستثمر كطرف أجنبي بالنسبة لهذه الوسيلة في حين لا تعتبر الدولة المضيفة كذلك مما قد يضفي عليها صفة الحكم والخصم،الشيء الذي يؤدي الى عدم الثقة بإجراءات التسوية المحلية أو على الأقل الى التساؤل عن دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار،ومدى شرعية التمسك بهذه الوسيلة كقاعدة عرفية دولية .

لـــذا فان دراستنا لهذا المبحث سوف تنصب على دراسة دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار كمطلب أول وكمطلب ثاني نتناول مدى شرعية التمسك بهذه الوسيلة في تسوية المنازعات الاســـتثمارية أو ما يعرف بقاعدة استنفاذ طرق التقاضي الداخلية وطبيعتها وفي المطلب الثالث نتناول الإستثناءات التي ترد على هذه القاعدة.

---

[1] رفيق عطية الكسار.الحماية الدبلوماسية .المرجع السابق ص 213

المطلـــب الأول

دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار

نتناول في هذا المطب دور القضاء الوطني في تسوية منازعات الاستثمار الأجنبي ومـــدى اعتبـــار قاعدة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية كأساس قانوني لحل هذا النوع من التراعات،لذلك ســـــوف نتولى تقسيم هذا المطلب الى فرعين.

الفـــرع الأول

مدى سلطة الدولة المضيفة في تسوية منازعات الاستثمار

تعتبر ممارسة سلطة القضاء أهم مظهر من مظاهر سيادة الدولة الداخلية على إقليمها،لذلك تصـــر الدول على إخضاع جميع الأموال والأشخاص الموجودين على إقليمها لمحاكمها و قوانينها وقد تضمـــن الاتفاق الجزائري الإيطالي حول الترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع بـــالجزائر في 18 مـــاي 1991 في المادة 2/8أ هذا المبدأ حينما نص الاتفاق على انه إذا لم يسو الخلاف بتراضي الطرفـــين يرفع التراع الى جهات التقاضى المختصة في الدولة التي تم الاستثمار على إقليمها أو المركز الدولي لحل التراعات المتعلقة بالاستثمارات.[1] ونفس الموقف جاءت به الاتفاقية المبرمة بين الجزائر و فرنسا في 13 فبراير 1993 والمصادق عليها في يناير 1994 بشان التشجيع والحمايـــة المتبـــادلين فيمـــا يخـــص الاستثمارات.حيث جاء في نص المادة 2/8 من هذه الاتفاقية بأنه (إذا لم تكن تسوية الخلاف بتراضي الطرفين ممكنة في مدة 6 اشهر من تاريخ رفعه من أحد الطرفين في التراع،فانه يمكن ا ن يرفع بطلـــب من المواطن أو الشركة،أما الى الهيئة القضائية المختصة في دولة الطرف المتعاقد المعـــني بالـــتراع أو الى المركز الدولي لحل التراعات المتعلقة بالاستثمارات.)

أما الاتفاق البلجيكي الجزائري فقد استبعد فكرة إخضاع منازعات الاســـــتثمار الى إجـــراءات التقاضي الداخلية كما تنص على ذلك المادة 2/9 من الاتفاق المبرم في 24 أبريل 1991 والمصـــادق عليه في أكتوبر 1991 والمتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات والذي جاء فيه ما يلـــي: "يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة على أن يحال كل خلاف للتحكيم،وتتضمن هذه الموافقـــة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء الى الطعن الإداري والقضائي الداخليين".

---

[1] لقد تمت المصادقة على اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في أكتوبر 1995 وذلك بموجب المرسوم الرئاســـي رقم 95-346.

مـــا من شك أن النص السابق يمثل تراجعا في موقف المشرع الجزائري الذي كان يعرف بموقفه المتشـــدد تجاه الاستثمار عموما، سواء تعلق الأمر بالقواعد الموضوعية المنظمة للاستثمار أو الإجرائية نذكـــر على سبيل المثال ما كانت تقضي به المادة 53 من القانون رقم 82 -13 الصادر في أوت 1982 الخـــاص بشركات الاقتصاد المختلط الذي ينص بان(ترفع الخلافات الناجمة عن العلاقة بين الأعضاء المؤسسين للشركة المختلطة الاقتصاد الى المحاكم الجزائرية طبقا للقانون الجزائري).ولاشك أن إخضـــاع الأموال والأشخاص الى القضاء الوطني سواء كانوا وطنيين أم أجانب يعد أمرا طبيعيا لأنهم يتمتعون بحماية الدولة المتواجدين على اقليها،وفي مقابل ذلك عليهم أن يخضعوا لقضائها[1].

والحقـــيقة أن إخضاع منازعات الاستثمار إلى القضاء الداخلي للدولة المضيفة قبل أي إحالة على الهيـــئات الدولية يمثل موقفا مشتركا بالنسبة لأغلبية الدول النامية كما يتضح ذلك من خلال الدور الذي لعبته تلك الدول على المستوى الثنائي والمتعدد الأطراف من ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 9/ 6 مـــن الاتفاقية المبرمة عام 1977 بين ألمانيا وسوريا والتي جاء فيها(قبل عرض أي نزاع على لجنة التحكـــيم يجـــب استنفاذ جميع التدابير القضائية الوطنية) وكذلك الاتفاقية المبرمة بين مصر وسويسرا المـــبرمة عـــام 1973 والـــتي نصت في المادة 11 منها(تطبيقا لا حكام القانون الدولي العام يتعين استنفاذ الوسائل القضائية الوطنية قبل عرض أي نزاع على الهيئات القضائية الدولية)[2] ولعل مرد تمسك الـــدول النامـــية بإخضـــاع النزاع إلى القضاء الداخلي بدلا من التحكيم الدولي، يعود الى أن هيئات التحكـــيم الـــدولي تـــلجا في اغلب الأحيان إلى تطبيق قواعد القانون الدولي التقليدي لانعدام قواعد القانون الدولي الخاصة بمعاملة الاستثمارات الأجنبية .

لـــذا فان البلدان النامية ترى بان سيادتها على مواردها الطبيعية تخول لها سلطة اختصاص قضائها بكـــل نـــزاع يتعلق بالاستثمار الأجنبي خاصة إذا ما تعلق الأمر بمستثمر أجنبي ودولة مضيفة له[3] وقد نجحـــت الـــدول النامـــية في إخضاع منازعات الاستثمار إلى قضائها الداخلي من خلال إسهامها في صياغة مبادئ النظام الاقتصادي الدولي الجديد الذي طالبت فيه إعادة تحقيق العدل والأنصاف للنظام

---

[1] تجيز المادة 460 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري للشخص الأجنبي بان يرفع دعوى أمام القضاء بصفة مدع اصلي

[2] علي حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية•••.المرجع السابق ص211.

[3] حسن عطية الله.سيادة الدول النامية على موارد الارض..المرجع السابق ص 234

سلطان"إن إلزام الفرد قبل مطالبةدولته برفع دعوى المسؤولية الدولية نيابة عنه باستنفاذ وسائل التقاضي الداخلية فيه مصلحة مؤكدة للمجتمع الدولي،من حيث أنها تتلافى أسباب الخلافات الدولية)[1] .

إن إعطـــاء الدولـــة المتســـببة في الضرر فرصة الصلاح الضرر بوسائلها الخاصة يحول دون قيام المـــنازعات،وانه مادام المستثمر لم يستنفذ الوسائل الداخلية لا صلاح الضرر يصعب معه التأكد ما إذا كان الضرر قد وقع بالفعل ،وانه ناتج عن فعل يمكن نسبته للدولة المضيفة،كما يفترض في الشخص الـــذي يذهب الى دولة أجنبية أن يأخذ بعين الاعتبار وسائل التقاضي التي يقرها القانون الداخلي، بل علـــيه استنفاذ جميع درجات التقاضي،لا نه إذا لم يكن حكم الدرجة الأولى في صالحه مع افتراض أن هـــذا الحكم مخالف للقانون الدولي لكونه مشوبا بعيب التمييز بين الأجانب والوطنيين أولا أي سبب أخـــر فلـــيس معنى ذلك أن له الحق في اللجوء إلى دولته لطرح النزاع على المستوى الدولي لا نه من المحـــتمل جـــدا أن يلغي قضاء الدرجة الثانية ما قضت به محكمة الدرجة الأولى ويزول سبب المنازعة الدولية[2]،خاصة وان إجراءات التقاضي على اكثر من درجة واحدة تقرها معظم النظم القضائية لصالح الوطنـــيين والأجانب دون تمييز[3] وعلى الأجنبي أن يعلم بأنه لا يمكنه أن يحظى بمعاملة افضل من تلك الـــتي يلقاهـــا الشخص الوطني وذلك حفاظا على مبدأ مساواة الأجانب بالرعايا الوطنيين في مسائل الحقوق والواجبات.

وقـــد كرس المشرع الجزائري هذا المبدأ في قانون ترقية الاستثمار فنص في المادة 38 بانه(يحظى الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الأجانب بنفس المعاملة التي يحظى بها الأشخاص الطبيعيون والمعنويون الجزائريون من حيث الحقوق والالتزامات فيما يتصل بالاستثمار).

إن مـــراعاة شرط استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية ضرورة عملية لا يمكن التغاضي عنها،لذا يذهـــب جانـــب من الفقه الى التأكيد على ضرورة استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية لأنها تؤدي الى تحقيق المساواة بين جميع الأشخاص المقيمين على إقليم الدولة دون تمييز بينهم على أساس جنسياتهم أو

---

[1] حامد سلطان.القانون الدولي وقت السلم المرجع السابق ص339.

[2] علي حسين ملحم.دور المعاهدات الدولية....المرجع السابق ص239

[3] تـــنص المادة 106 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري انه(في جميع المواد–ما لم ينص القانون على خلاف ذلك– يجوز استئناف كل حكم .وتنص الفقرة الأخيرة من المادة 103 من نفس القانون بأنه (للاستئناف اثر موقف ما لم ينص القانون على غير ذلك) مما يؤكـــد بان إجراءات التقاضي على مستوى الدرجة الأولى ابتدائية تستوجب على المتضرر وطنيا كان أم أجنبيا استنفاذ طرق التقاضي على مستوى الدرجة الثانية.

مركزهم القانوني كأجانب ووطنيين،ولا يجوز للأجنبي أن يطالب بحقوق اكثر من تلك التي يتمتع بها المواطـــنون حتى ولو كانت الحقوق لا تتفي بالحد الأدنى المقرر دوليا لحماية الأجانب وفى هذا الصدد يقـــول الفقيه:بول دي فيشر:(أن قاعدة الاستنفاذ تعمل على ترسيخ دعائم الحفاظ على المساواة بين الوطنيين والأجانب أمام القضاء المحلي)[1].

3)أما الأساس الثالث لقاعد استنفاذ وسائل التقاضي المحلية فيستند الى العمل الدولي وما حظيت بـــه هذه القاعدة في نطاق المواثيق الدولية،من ذلك ،ما نصت عليه الاتفاقية الخاصة بحقوق الأجانب الموقعـــة عـــام 1902 في مؤتمر المكسيك وفي مؤتمر مدنتيفيديو عام 1933 حيث تم التأكيد بان الحمايـــة الدبلوماسية لا يمكن ممارستها ما لم يسبقها استنفاذ لوسائل التقاضي الداخلية للدولة المضيفة. وفي مؤتمـــر لاهاي لتقنين القانون الدولي لعام 1930 أكدت اللجنة التحضيرية لعصبة الأمم أثناء مناقشـــاتها لموضـــوع المسؤولية الدولية وأقرت بأنه لا يجوز رفع دعوى المسؤولية الدولية على الدولة المتســـببة في الضـــرر ومطالبتها بالتعويض عن الأضرار التي تصيب الأجانب إلا بعد استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية التي يسمح بها قانون الدولة المضيفة.

كمـــا تضـــمن مشـــروع جارسيا أما دور المقدم للجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة عام 1958 التأكيد على قاعدة استنفاذ إجراءات التقاضي المحلية، ونفس التأكيد تضمنه مشروع هارفرد عـــام 1961 لتقنين قواعد المسؤولية عن الأضرار التي تصيب الأجانب،كما تضمن مشروع لجنة القـــانون الـــدولي لعام 1978 حول المسؤولية الدولية شرط استنفاذ طرق المراجعة الداخلية المتاحة للأجانب بالنسبة للأشخاص الطبيعيين والاعتباريين[2].

إن مبدأ العمل بشرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية لا يقوم على وجوب النص عليه وضرورة اتفـــاق الأطراف على العمل به،بل هو شرط مقرر في القواعد العرفية الدولية وان المواثيق الدولية التي نصـــت علـــيه مجرد عمال كاشفة لمبدأ عرفي مستقر وهو ما أكدته محكمة العدل الدولية في حكمها

[1] رفيق عطية الكسار.الحماية الدبلوماسية...المرجع السابق .ص226

[2] من بين المضامين التي تضمنتها مختلف المواثيق الدولية مضمون المادة الثامنة عشر من مشروع جارسيا أمادو وقد جاء فيه:

-لا تقـــبل المطالبة الدولية عن الأضرار التي تصيب الأجنبي أو تلك الواردة في المادة 27 من هذا المشروع ما لم يستنفذ المتضرر كافة وسائل الإصلاح المنصوص عليها في القانون الداخلي.

-تعتبر الوسائل الداخلية قد استنفذت عند صدور قرار أو حكم نهائي من السلطات المختصة.

-لا يعـــد عـــدم وجـــود وسائل داخلية أو نقصها أو عدم كفايتها مبررا لوجود المطالبة الدولية إلا في حالة إنكار العدالة. انظر فيهذ الصدد:رفيق عطية الكسار.الحماية الدبلوماسية...المرجع السابق .ص227 ، 226.

الصــادر في 21 مــاي 1959 بشــان قضيةlinterhabdel عندما قررت أن شرط استنفاذ الوسائل القضائية الداخلية هو مبدأ من المبادئ المستقرة في القانون الدولي العرفي[1]. ويعني ذلك أن عدم النص على هذا الشرط في الاتفاقيات الدولية أو مجرد السكوت عنه لا يعني استبعاده.

كما لا يعني ذلك أيضا، إطلاق المبدأ دون استثناء فقد تتفق الدول على استبعاد تطبيق مبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية صراحة كما جاء في الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللكسمبورغي،المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات كما سبقت الإشارة لذلك،وتبدو أهمية اســتبعاد هذا الشرط كما يراها البعض في الحالات التي يكون فيها الالتجاء إلى الوسائل الداخلية غير مجد من الناحية العملية أو لعدم كفايتها وقد اعتبر القضاء الدولي عدم كفاية وسائل التقاضي الداخلية إذا لم يكن تشريع الدولة المتسببة في الضرر ينص على تعدد درجات التقاضي[2].

كما أن جانب من الفقه سلم بعدم جدوى التمسك بمبدأ استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية متى كان الأجنبي المتضرر لا تربطه بالدولة المتسببة في الضرر رابطة إقامة بالنسبة له ولا مواله[3].

ونخلــص مما سبق الى أن شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية وان كانت تشكل قاعدة عرفية دولية غير أنها ليست مطلقة بحيث يمكن للدول أن تتفق على ما يخالف محتواها واستبعاد تطبيقها متى تم النص عليها صراحة أو في حالة غياب شروط تطبيقها على النحو الذي ذكرناه.

الفــرع الثــاني

الطبيعة القانونية لقاعدة الاستنفاذ ومدى فعالية القضاء الوطني

لقــد رأيــنا فيما سبق أن الفقه والقضاء الدوليين لا ينازعان في شرط الاستنفاذ كقادة عرفية في القانون الدولي وان صياغة هذه القاعدة في المواثيق الدولية لن يغير من وصفها كقاعدة عرفية دولية مما يجعــل الــنص عليها في المواثيق لا يعدو ان يكون مجرد أمر كاشف لا منشئ لها،ورغم هذا الموقف

[1] هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي.المرجع السابق ص157.

[2] راجــع في هــذا الشان حكم محكمة العدل الدولية.المتعلق بقضية شركة كهرباء صوفيا الصادر في 4 أبريل 1939.مشار إليه في هــامش الصــفحة 160.. من كتاب ،الحماية الدولية للمال الأجنبي لــ: هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي المرجع السابق.

[3] هشام علي صادق.الحماية الدولية للمال الأجنبي.نفس المرجع ص163.

الصريح ،إلا أن ذلك لم يمنع اختلاف الفقه حول طبيعتها القانونية فيما إذا كانت قاعدة موضوعية أم قاعدة إجرائية؟

إن فكـــرة التمييز بين القواعد الإجرائية والقواعد الموضوعية ليست مسألة جديدة في فقه القانون فقد عرفت مختلف النظم القانونية هذا التمييز وكذلك القضاء الدولي.[1] لذا اختلف الفقه حول الطبيعة القانونية لقاعدة الاستنفاذ وانقسم الى مواقف ثلاث:

-فـــريق يذهب الى اعتبار قاعدة الاستنفاذ قاعدة موضوعية لان الدولة المرتكبة للفعل الضار لا تـــتحمل المسؤولية الدولية إلا إذا لم تصلح الأضرار بوسائلها الداخلية المقررة وفق نظامها القانوني مما يعني أن سبب الدعوى ينشا بعد استنفاذ قاعدة الإجراءات المحلية وليس قبلها،وبدون الاستنفاذ لا يمكن الحديـــث عـــن موضوع إثارة مسؤولية الدولة المتسببة في الضرر فمتى كانت شرطا لنشوء المسؤولية اعتبرت قاعدة موضوعية.

- يذهــــب الفـــريق الثاني من الفقه الى اعتبار قاعدة الاستنفاذ بأنها قاعدة إجرائية لانهالا تؤثر في وجود المسؤولية الدولية ،إنما تعد شرطا لتحريك دعوى المسؤولية الدولية،أي أن الضرر الذي يصيب الأجـــنبي يكون مصدره مخالفة مباشرة لقواعد القانون الدولي بينما تحريك الدعوى يتوقف على مدى استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية.

-أمـــا الفـــريق الثالث فيذهب الى اعتبار قاعدة الاستنفاذ ذات طبيعة مزدوجة،أي أنها تعد في حالات معينة قاعدة موضوعية،وفي حالات أخرى قاعدة إجرائية وعلى المحكمة المعروض عليها التراع أن تحدد طبيعة القاعدة وفق ظروف وملابسات كل قضية[2]

- مدى ملاءمة تطبيق القضاء على المستثمر الأجنبي في الدولة المضيفة.

مـــن المعلوم أن التنظيمات القانونية عرفت خلال مراح تطورها،صور ومعاملات متباينة ومختلفة فـــيما بـــين الأجانب والوطنيين،ففي المجتمعات القديمة لم يكن للأجنبي حق اللجوء إلى قضاء الدولة المضـــيفة له،لان الفكـــر القانوني خلال تلك الفترة كان يقوم على مقولة مفادها،أن المحاكم الوطنية

---

[1]لقـــد ســـبق لمحكمة العدل الدولية أن أثارت موضوع التمييز بين القاعدة الموضوعية والقاعدة الإجرائية في حكمهـــا الصـــادر عـــام 1966 فـــي قضية جنوب غربي إفريقيا. رفيق عطية الكسار.الحماية الدبلوماسية .المرجع السابق ص230.

[2]عـــلي حســـن ملحم.دور المعاهدات•••.المرجع السابق ص240.و كذا رفيق عطية الكسار.الحماية الدبلوماسية.. المرجع السابق 230 و 231

للدولــة إنما وجدت لتوفير العدالة بين الوطنيين دون الأجانب المقيمين على إقليمها،لان الأجنبي ينظرا لــيه خــلال تلك الفترة على انه عدو أو عبد ولا يصلح بان يكون صاحب حق بل يمكن أن يكون موضوعا له بحكم انه عبدا أو مالا[1].

لكن هذه النظرة تغيرت وتغير معها مركز الأجنبي فتطور مع تطور مختلف الأنظمة القانونية الى أن اصــبح مؤهلا للتمتع بالحقوق والالتزام بالواجبات، بل أن عدم السماح له باللجوء إلى قضاء الدولة المضــيفة له اصبح يمثل إنكارا للعدالة،كما يمثل خرقا لمبدأ الحد الأدنى لمعاملة الأجانب في ظل القانون العــرفي الــدولي[2] وتماشيا مع التطور الحديث لمركز الأجنبي فان القوانين والتشريعات الداخلية للدول أصبحت تسوي بين مركز الأجنبي في المعاملة وفي لجوئه الى قضاء الدولة المتواجد بها والوطني في حق الــلجوء الى التقاضــي أمــام محاكم الدولة المضيفة له.[3]لكن لجوء المستثمر الأجنبي الى قضاء الدولة المضيفة ليس بالأمر الهين،لان لجوءه قد تعتريه مصاعب بسبب الاختلاف في المراكز القانونية لإطراف النزاع،ممــا قــد يؤدي الى استحالة تحقيق المساواة بين أطراف النزاع وهذا الأمر ينجم عنه عدم ثقة المســتثمر بالقضــاء المحــلي للدولة المضيفة[4]مهما كانت نزاهته وقدرته وفعاليته .و قد يصطدم مركز المســتثمر الأجنبي بمركز الدولة المضيفة نتيجة تباين مركزهما القانوني من جراء تمسك الدولة المضيفة بمــبدأ حصانتها ضد قضائها بحيث يصبح من غير الممكن للقاضي المحلي التعرض لتصرفاتها تطبيقا لمبدأ الحصانة الرسمية للدولة ذات السيادة بوصفها من المبادئ المعترف بها في القانون الدولي.[5]

---

[1]على حسن ملحم.نفس المرجع السابق.ص213.

[2]حامد سلطان.القانون الدولي وقت السلم.المرجع السابق ص361

[3]للمستثمر الأجنبي الحق في الطعن ضد قرار وكالة ترقية الاستثمار أمام السلطة الوصية على الوكالة كما تنص على ذلك الفقرة الثانية مــن المــادة التاســعة مــن المرسوم التشريعي رقم 93/المتضمن ترقية الاستثمار ويعتبر هذا النص بمثابة التأكيد على ضرورة استنفاذ إجــراءات التقاضي الداخلية،كما أن المادة 41 من النص التشريع المذكور سابقا تنص على حق التقاضي أمام محاكم مختصة إلا إذا كان هنالك اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

[4]عصام الدين بسيم.النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية في الدول الأخذة في النمو.المرجع السابق ص166.

[5]يقصــد بالحصــانة الرسمية منع المحاكم الوطنية في بلد ما مقاضاة دولة أجنبية ذات سيادة أو مؤسساتها،بل أن قضاء الدولة المتسببة في إلحــاق الضــرر بالمســتثمر الأجنبي لا يمكن مقاضاتها أمام قضائها عن بعض التصرفات كونها تتمتع حيا لها بالحصانة.وقد أدى تطور وظائف الدولة وتوسع نشاطها الى بروز عدة اتجاهات فقهية تلخصت في نظريتين هما:نظرية الحصانة المطلقة والتي سادت حتى أوائل القرن العشرين وتقوم على مبدأ الإعفاء المطلق من الخضوع لقضاء المحاكم الوطنية وتبرير ذلك يقوم على أساس أن سيادة الدولة واســتقلاله لا يتنافــيان مع فكرة خضوع الدولة لقضاء دولة أخرى حتى ولو كان الأمر يتعلق بنشاط تجاري،لكن هذه النظرة بدأت

بـيد أن العراقيل التي قد تعترض سبيل المستثمر الأجنبي لا تتوقف عند حد عدم إمكانية اللجوء الى القضـاء الداخلي للدولة المضيفة، بل انه قد يحصل الأجنبي على حكم قضائي يمنح له التعويضات المستحقة ألا انـه قـد يجزعن تنفيذ ذلك الحكم نظرا لما تقرره التشريعات الداخلية من عدم التنفيذ الجبري على الأموال العامة.[1] ونتيجة لذلك فان وسائل التقاضي الداخلية لا تجد استحسانا من جانب المستثمر الأجنبي لاقتناعه بعدم حيادها ،مما قد يساوره بعض الشك في الأحكام التي يصدرها قضاء الدولة المضيفة، إلى جانب ذلك هناك أسباب أخرى تجعل المستثمر يتردد عموما في اللجوء الى قضاء الدولة المضيفة، من ذلك مثلا جهله لإجراءات التقاضي،باعتبارها إجراءات غير مألوفة بالنسبة إليه،فضلا عن تخوفه من احتمال تأثر القاضي الوطني بالمفاهيم السياسية والاجتماعية والعقائدية السائدة في بلده وفي مجتمعه التي قد تكون سببا في تكوين قناعته فيما يصدره من أحكام،كما أن القاضي الوطني يكون ملزما بتطبيق قانون دولته حتى وان كان محل اعتراض من المستثمر،يضاف إلى ذلك ظاهرة التأخير التي يتميز بها القضاء في الدول المتخلفة عموما نتيجة عدم وجود محاكم مختصة أو نتيجة عدم وضوح الاختصاص القضائي ،وأمام الاعتبارات التي ذكرناها وغيرها ،لن يقبل المستثمر الأجنبي باللجوء الى قضاء الدولة المضيفة،وإذ كنا نسلم بقدر بوجود بعض العوامل كحقيقة .غير أن الدوافع الحقيقية لرفض المستثمرين الأجانب فكرة اللجوء إلى القضاء الوطني للدولة المضيفة تعود الى رفضهم التقيد بتطبيق قوانين الدولة المضيفة واستبعاد منازعات الاستثمار من نطاقها و الإلقاء بها في أحضان القضاء الدولي وهيئات التحكيم الدولية.وليس مجرد رفض اللجوء إلى القضاء الداخلي.

تفقد سلطانها نتيجة اتساع دور الدولة وقيامها بإعمال تخرج عن النشاط التقليدي،فأصبحت تمارس الى جانب الأعمال التي يطلق عليها أعمال السيادة أعمالا أخرى تتنازل فيها عن صفتها كدولة ذات سيادة وتظهر فيها بمظهر الأفراد العاديين كما هو الشان عليه في عقود الاستثمار ولا تتمتع فيها الدولة بأية حصانة وبالتالي يمكن إخضاعها للقضاء الداخلي وقد اصبح هذا الوضع يعرف بالحصانة النسبية أو الحصانة المقيدة

وطبق في قضاء العديد من الدول.انظر:فؤاد رياض.الحصانة القضائية للدولة.دراسة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي رقم 19 لعام /1963 ص53.

[1] من ذلك مثلا ما تضمنه نص المادة 689 من القانون المدني الجزائري (لا يجوز التصرف في أموال الدولة أو حجزها أو تملكها بالتقادم..الخ).

وشـــخص من أشخاص القانون الخاص ،لا يعني استبعاد حل هذه التراعات من دائرة التسوية الدولية لأننا إذا رجعنا الى المادة 33 من ميثاق الأمم المتحدة نجدها بأنها قد تضمنت الأساليب الكفيلة بحل مـــثل هـــذه التراعات من خلال وسائل التسوية الدولية،كالمفاوضات والتوفيق والتحكيم والوساطة والاســـتعانة بالوكالات والتنظيمات الدولية منها و الإقليمية،كما قد ترك النص المجال مفتوحا للدول فـــــي اختـــيار الوسيلة التي يلجا إليها الأطراف لفض خلافاهم كما تضمنت اتفاقيات تنظيم وحماية الاستثمار الأجنبي فيما بين الدول المتعاقدة النص على هذه الأساليب ولوان التحكيم الدولي يعتبر اكثر الوســـائل ملائمة في تسوية منازعات الاستثمار أكثرها انتشارا،وتعد الوسائل السابقة جزءا لا يتجزأ من التسوية القضائية الدولية[1].كما أنها تمثل ضمانا إجرائيا للاستثمار الأجنبي كما سيأتي توضيح ذلك من خلال دراستنا لهذا المبحث الذي سنتولى تقسيمه الى مطلبين.

المطلب الأول

التفاوض والتوفيق كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

لقـــد تناولت اتفاقيات حماية وضمان الاستثمارات الثنائية والمتعددة الأطراف هذين الأسلوبين كأداة لتسوية منازعات الاستثمار، فما محتوى هذين المفهومين،وما شروط تطبيقهما

الفـــرع الأول

التفاوض كوسيلة لفض المنازعات الاستثمارية

يعتـــبر الـــتفاوض إحدى الوسائل الأساسية لحل التراعات الدولية سلميا كما أكدت ذلك المادة 33 مـــن ميثاق منظمة الأمم المتحدة ،إذ تستخدم التفاوض كوسيلة للتخفيف من حدة التوترات بين أطـــراف التراع قبل نشوب أي صدام مسلح كما أنها تستخدمه كوسيلة للتوصل الى اتفاق خاص إذا كـــان للأطراف المتنازعة رغبة في التوصل الى الاتفاق حول القضايا المتنازع عليها .وقد أشار إلى هذه الوسيلة مندوبي العديد من الدول أثناء بحثهم لموضوع الوسائل السلمية لحل المنازعات الدولية أمام لجنة القـــانون الدولي مؤكدين بان نجاح المفاوضات يتوقف على مسعى الأطراف نحو تعاون مخلص بعيدا عـــن أي شكل من أشكال الضغط أو نكران للمصالح المشروعة لأطراف التراع لان الوضع القانوني لأطـــراف التراع في المفاوضات يقتضي مراعاة مبدأ المساواة فيما بين الدول المتفاوضة مع الأخذ بعين

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص251.

الاعتبار المصالح المتبادلة لأطراف النزاع بشفافية وليونة في المواقف مع العمل بمبدأ التنازل عند الضرورة دون وضـــع شروط مسبقة من أي طرف،لان وضع الشروط المسبقة يتعارض مع مبدأ التفاوض كما يعـــني ســـعي أحد الأطراف الى الحصول على مكاسب من جانب واحد على حساب الطرف الأخر وتعـــبير عن عدم الثقة بين الأطراف المتفاوضة[1]و تأكيد على عدم الرغبة في حل النزاع سلميا.لذا فان تسوية النزاع عن طريق التفاوض مرتبط بمدى استعداد الأطراف المتفاوضة ورغبتها في تقديم تنازلات متـــبادلة قصـــد الوصول إلى حل يرضى الطرفين ،غير أن ذلك لا يعنى عدم التزام الأطراف المتفاوضة بقواعـــد ومـــبادئ القانون الدولي حتى وان كان الأسلوب المتبع في حل النزاع يعتمد على الأسلوب الدبلوماســـي بعـــيدا عن التسوية القضائية أو التحكيمية التي تقوم في جوهرها على تطبيق القانون من مـــنطلق مبدأ إقرار العدل والحق القانوني للطرفين المتنازعين،بدل الترضية السياسية التي تقوم على مبدأ التوافق في المصالح[2].

إن التفاوض يعتبر اقدم وسيلة لتسوية النزاعات أكثرها شيوعا واقلها تعقيدا من حيث الإجراءات وكانـــت معروفة منذ العهود القديمة وقد وصف ،هوروغروتيوس ا اللجوء الى التفاوض على انه التزام قانوني يشكل أحد الشروط الضرورية المسبقة للإقرار بمشروعية استخدام القوة[3]

كما أقرت محكمة العدل الدولية الدائمة ،صفة اللجوء الإلزامي لهذا الأجراء في قضية مافروماتيس حيـــث قررت انه(قبل أن يكون بالإمكان جعل أي نزاع قضية إجراء قانوني،لا بدمن تحديد موضوعه بوضوح عن طريق المفاوضات الدبلوماسية)[4] .

إن مـــبدأ الـــلجوء الإلزامي الى إجراء التفاوض لا يعني بالضرورة توصل الأطراف المتفاوضة الى نتـــيجة لحل نزاعهم وتجاهل الأسباب السياسية التي حالت دون ذلك ،بل على العكس فان التفاوض يمثل تقاربا في وجهات النظر لكونه خال من كل شروط مسبقة.

---

[1] نوري مرزة جعفر.المنازعات الإقليمية في ضوء القانون الدولي المعاصر.ديوان المطبوعات الجامعية **الجزائر.ص** 92و93.

[2] يعني مبدأ التوافق في المصالح إجراء موازنة بين المنافع الاجتماعية والاقتصادية بالنسبة لكل طرف على أن الاستمرار في الانتفاع بهذ المنافع يتوقف على مدى التزام الدولة فى تعهداها بعدم الأضرار بالطرف الأخر.انظر: بن عامر تونسي.المرجع السابق ص150.

[3] كان ذلك في عهد مجلس الحكماء في روما حيث كانوا يقومون بإيفاد مبعوثين أو سفراء لهم يعرضون طلبات حكومتهم على الطرف الأخـــر ويطلبون إزالة المظالم التي تشكو منها دولتهم قبل اللجوء إلى الحرب .جيرهارد فان غيلان . تعريب .عباس العمر.القانون بين الأمم. (ج1-3)دار الآفاق الجديدة بيروت .ص205.

[4] جيرهارد فان غيلان.نفس المرجع .ص206.

كمـــا وردت صـــيغة التفاوض كإجراء لتسوية المنازعات الاستثمارية في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان حيث تضمن نص المادة الثانية من الملحق الثاني ما يفيد تسوية المنازعات المنصوص عليها في الاتفاقـــية بواســـطة المفاوضـــات قبل اللجوء الى أي إجراء.وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الطرفان فـــي الاتفاق على تسوية خلال 4 اشهر من تاريخ تقديم طلب الدخول في المفاوضات[1].

كمـــا نصت الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية للضمان على هذا الإجراء من خلال المادة الثانية المـــلحق الأول ،على وجوب سعي الأطراف في أي منازعة من المنازعات المنصوص عليها في المادتين 34و35 من اتفاقية المؤسسة الى تسويتها بواسطة المفاوضات قبل اللجوء الى أي إجراء آخر، وتعتبر المفاوضات قد استنفذت بعد مرور 6 اشهر من تاريخ طلب أي طرف الدخول فيها[2].

ويتضـــح مـــن خلا ل الملحقين السابقين أن تسوية التراعات تتم إلزاميا عن طريق التفاوض قبل الـــلجوء الى أي إجراء أخر،والتفاوض يعني الاتصال الذي يجرى بين الأطراف المتنازعة دون اشتراط النص لاتباع شكل معين لهذا التفاوض كتابة أو شفاهة،وقد جاء النصان متفقان من حيث صياغتهما ومـــن حيـــث إطلاقهما إذ لم يشترطا شكلا خاصا لذلك،ولوان هناك من يرى بان المفاوضات تأخذ شكلا مكتوبا حتى ولو لم ينص على ذلك[3] لأنه لا يمكن إثبات بداية الطلب وانتهاء الميعاد المحدد لبدأ المفاوضات إلا عن طريق الكتابة،حتى وان كانت المفاوضات قد اتخذت شكل اجتماعات دورية تعقد بـــين ممثلي الأطراف المتنازعة،فان ذلك لا يمنع من تدوينها في محاضر مكتوبة يسهل الرجوع إليها عند الحاجة.

وقـــد يـــأخذ التفاوض شكل مراسلات متبادلة تتم بين الأطراف المتفاوضة.ومهما كان الشكل الذي تأخذه المفاوضات فإنها في غالب الأحيان تجرى في سرية تامة بين الأطراف المتفاوضة،خلافا لمبدأ علانـــية الاتفاقـــات الدولـــية،الذي تكون فيه المفاوضات مكتوبة،تسمح للرأي العام الوطني والدولي الاطلاع على محتواها.

---

[1]نصت المادة 2 من الملحق رقم 2 لاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار على(أن يسعى الطرفان في أية منازعة مما يدخل في مجال تطبيق هذا الملحق الى تسويتها عن طريق المفاوضات قبل اللجوء الى إجراءات التوفيق أو التحكيم.)

[2]نصـــت المـــادة الأولى مـــن الملحق (1) من الاتفاقية العربية للضمان على أن هذا الملحق يعتبر جزءا لا يتجزأ من الاتفاقية ولا يجوز التحفظ بشأنه.

[3]عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار...المرجع السابق ص254.

الفــرع الثــاني

التـــــوفيـــــق

يعتـــبر التوفـــيق إجراء تصالحي،لا ينطوي على إصدار قرارات ملزمة لأطراف التراع،لان وظيفة التوفـــيق ترتكز على توضيح جوانب الاختلاف واقتراح التسوية الودية مع الأخذ بعين الاعتبار،روح الـــتعاون والتسامح والمحافظة على استمرار العلاقة التجارية والاستثمارية بين الأطراف المتنازعة وبذل ما يمكن بذله من جهد للوصول إلى حل الخلاف وديا بما يرضي طرفي التراع من خلال حصر وتوضيح نقـــاط الخلاف وتوجيهها نحو الحل المقبول كما نصت على ذلك المادة الثالثة من الملحق الثاني لاتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار[1].

والتوفـــيق إجـــراء تقوم به لجنة تدعى لجنة التوفيق وتتكون من شخصيات متخصصة يتم اختيار أعضائها من قبل الأطراف المتنازعة[2] .

و مـــن مهام لجنة التحقيق التحري في الوقائع المادية المكونة لعناصر التراع واقتراح الحل المناسب على الأطراف في أي مرحلة من مراحل الإجراءات دون التقيد بفترة زمنية محددة أو بانتهاء إجراءات التوفيق،بحيث يمكن للجنة أن توصي أطراف التراع بتسوية معينة متى رأت أن الوقت مناسبا لذلك،فان توصل الأطراف الى اتفاق يحرر محضرا بذلك يحتوي على النقاط المتنازع عليها،ونصوص الاتفاق الذي توصل إليه الأطراف، وفي حالة عدم تمكن الأطراف من التوصل الى اتفاق،فان لجنة التوفيق تتولى تحرير محضر تثبت فيه بان الخلاف قد عرض على التوفيق دون توصل الأطراف إلى حل وذلك كإثبات عن استنفاذ إجراءات المصالحة الودية قبل مباشرة أي إجراء آخر[3]

---

[1] راجع في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة 34 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

[2] تـــتألف لجنة التوفيق من عضو واحد أو عدد فردي من الأعضاء يعينون من قبل الأطراف وفي حالة عدم توصل الأطراف إلى اختيا الموفقـــين يعـــين كـــل طرف موفقا له أما الموفق الثالث فانه يعين بالاتفاق مع الطرفين على أن لا يكون هذا الأخير من خارج قائمة الموفقـــين ،وان يكون هؤلاء الموفقون من الأشخاص المشهود لهم بتخصصهم وكفاءتهم في المجالات القانونية أو التجارية أو الصناعية المالـــية وان تـــتوفر فيهم ضمانات الحياد والاستقلال في مباشرة مهامهم مع الأخذ بعين الاعتبار عند التعيين التمثيل للأنظمة القانونية الرئيســـية في العـــالم وتمثيل القطاعات الرئيسية للنشاط الاقتصادي العالمي، بينما يعتبر شرط التخصص القانوني شرطا جوهريا بالنسبة للأشـــخاص المعيـــنين لقائمـــة التحكـــيم.انظـــر في ذلك المادتين 29و31 من اتفاقية الوكالة والمادة 14 من الملحق الثاني لنفس الاتفاقية،والمواد 38 ، 37 ، 29 من اتفاقية البنك الدولي لتسوية المنازعات الاستثمارية

[3] راجع في ذلك نص المادة 34 ف2 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار.

والجدير بالملاحظة أن التوصيات التي تصدرها لجنة التوفيق غير ملزمة،لذلك يطلب من الأطراف الـــتعامل مع لجنة التوفيق بحسن نية واخذ توصيتها بجدية وبعين الاعتبار دون أن يؤدي ذلك الى تقييد الأطـــراف المتـــنازعة في الدفاع عن حقوقهم في حالة عرض نزاعهم على جهات أخرى ،بما ورد في محضـــر التوفـــيق بحجة التوصيات الصادرة عن لجنة التوفيق أو بما أبداه الأطراف أمامها من تصريحات ومواقف مؤيدة أو رافضة إلا إذا كان هناك اتفاق بين الأطراف يقضي بخلاف ذلك.[1]

إن إجراء التوفيق كأسلوب لتسوية منازعات الاستثمار عمل به المركز الدولي ولو بشكل محدود حيـــث عرض نزاعين على المركز منذ إنشائه الى غاية 1995 الأول تمت تسويته بطريقة ودية بين الأطراف قبل تشكيل لجنة التوفيق، أما النزاع الثاني فقد توصلت فيه لجنة التوفيق الى تسوية بعد توصل الأطراف إلى اتفاق.[2]

والتوفـــيق كإجراء ودي لا يهدف الى إصدار قرارات تبت في موضوع النزاع، بل إجراء يهدف الى عقد اتفاق بين الأطراف ،لذلك لا يمكن أن يكون أمام لجنة التوفيق طرفان أحدهما خاسر لدعواه والآخـــر رابح لها ،بل الطرفان يوجدان في مركز واحد مما يجعلهما يقتسمان الأعباء المـــالية لمتعلقـــة بالتوفيـــق.[3]

إن حق الأطراف في اختيار أعضاء لجنة التوفيق ومكان انعقادها وعدم الالتزام بتوصيات التوفيق لا يعطـــي لأي من الطرفين الحق في إدخال ما يراه من تعديل على عضوية اللجنة بعد تشكيلها إلا في حالة وفاة العضو أو استقالته أوفي حالة رده متى اكتشف أن العضو المعين لا تتوفر فيه الشروط المقررة في اتفاقـــية المركـــز الـــدولي لتســـوية المنازعات او التي نص عليها في اتفاقية الوكالة الدولية لضمان لاستثمار[4] .

---

[1] راجع المادة 35 من اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار

[2] علي حسن ملحم.دور المعاهدات--- المرجع السابق ص341.

[3] تقـــدر نفقـــات مباشرة إجراءات التوفيق أمام المركز الدولي لتسوية المنازعات بحوالي (11)ألف دولار أمريكي .انظر في ذلك: علي حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية ---المرجع السابق هامش الصفحة 341.

[4] إذا تـــوفي العضـــو أو اصـــبح غير قادر على القيام بمهامه أو استقال ووافقت اللجنة على ذلك فيجرى شغل المنصب حسب نصوص الاتفاقية الخاصة باختيار أعضاء لجنة التوفيق أو التحكيم.

أمـــا في حالـــة استقالة أو انسحاب العضو المعين من قبل أحد الأطراف دون موافقة اللجنة فيكون على رئيس المجلس الإداري للمركز الـــدولي لتســـوية المنازعات أن يعين بديلا عنه، وان انعقاد إجراءات التوفيق تكون في مقر المركز،على انه يجوز للأطراف الاتفاق على

بـــيد أن إجراءات التوفيق تبقى مستمرة وسارية منذ تاريخ تقديم الأطراف لطلب إجراء التوفيق حتى وان تبين فيما بعد أن أحد الأطراف لم يعد يرغب في مواصلة التوفيق وانه لم يعد يتعاون مع لجنة التوفيق[1]

أمـــا فيما يتعلق باختصاص لجنة التوفيق فان اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار قد خولـــت لجـــنة التوفـــيق الفصل في موضوع الاختصاص،ولها أن تفصل في الدفوع التي يثيرها أحد الأطـــراف في شـــان موضوع عدم اختصاص لجنة التوفيق،وقد أجازت اتفاقية المركز الدولي لتسوية مـــنازعات الاســـتثمار الفصل في الطعن كمسالة إجرائية أو ضم الدفع مع النظر فيه حين الفصل في النزاع[2]،وفي حالة عدم اتفاق الأطراف على قواعد إجرائية معينة تتولى لجنة التوفيق أو التحكيم تطبيق القواعـــد الإجرائـــية الـــتي تضمنتها الاتفاقية وتلك التي يقرها المجلس الإداري للمركز وتكون سارية المفعـــول عـــند إحالـــة النزاع الى التوفيق و عند غياب القواعد الإجرائية ينعقد الاختصاص للجنة في وضعها للقواعد الإجرائية[3]

أمـــا نظام الضمان العربي فقد تناول هو الآخر إجراءات تسوية الخلافات التي تثور بين المؤسسة العربـــية للضـــمان والمستثمر،فنصت في المادة (3)من ملحق تسوية المنازعات، بان تسوى خلافات الأطـــراف عـــن طريق التوفيق وعلى الأطراف المتنازعة تزويد الموفق بالبيانات التي تساعده على أداء مهامه أما إذا تعذر التوصل الى اتفاق تعين اللجوء الى التحكيم ويقدم الموفق تقريرا بنتائج أعماله خلال مدة 6 اشهر على الأكثر يضمنه تحديدا لا وجه الخلاف وللمقترحات،ولكل طرف في النزاع الحق في إبـــداء رأيه في نتائج التقرير و إبلاغ رأيه للأطراف الأخرى خلال شهر من صدور التقرير.أما إذا لم يـــتمكن الموفق من إصدار تقريره في الآجال المحددة أو إذا لم يقبل الأطراف بالحلول المقترحة يسوى الـــنزاع عن طريق التحكيم،ويكون اللجوء في هذه الحالة وجوبا كما يستشف ذلك من نص الفقرة

انعقادهـــا خارج مقر المركز شريطة أن يكون المكان المتفق عليه قد ابرم مع المركز اتفاقا يسمح بالانعقاد فيه،ويمكن للجنة التوفيق أن تنتقل الى مكان النزاع نفسه.انظر المواد 63 ، 62 ، 59 ، 37 ، 31 ، 30 ، 29. من الاتفاقية المنشئة للمركز.

[1]انظر:يحي الجمل واحمد عشوش، دراسة بعنوان(بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار. معهد البحوث والدراسات العربية.المرجع السابق ص282 .

[2]راجع في ذلك المادة 32 .

[3]راجع المواد من 32 الى 35.

الخامسة من المادة الثالثة التي تنص على انه(إذا لم يتمكن الموفق من إصدار تقريره في المدة المحددة وإذا لم يتفق الأطراف على قبول الحلول المقترحة في التقرير يتعين تسوية المنازعة عن طريق التحكيم).

والجدير بالملاحظة أن نظام التوفيق لا يستخدم إلا نادرا،لان نظرة الأطراف إليه توحي بأنه إجراء غـير ضـرورية يسبق التحكيم وان طالب التوفيق يظهر بمظهر الضعيف أمام الطرف الآخر[1]،لذا فان إجراء التوفيق لا يكون إلزاميا إلا إذا وجد في العقد شرط يقضي بالتجاء الأطراف المتنازعة اليه، اما إذا لم ينص العقد أو الاتفاق على ذلك،لا يكون اللجوء إليه كإجراء مصالحة ملزما بين الطرفين.

المطلـب الثـاني

التحكيم الدولي كوسيلة لتسوية منازعات الاستثمار

مـادام الاسـتثمار يعتـبر نشاطا اقتصاديا وتجاريا،فانه من الطبيعي أن تكون الوسائل المتبعة في حل التراعات التي تثور بشأنه مماثلة لنشاطه ولطبيعة الحياة الاقتصادية المتميزة بالسرعة والمرونة،بعد أن تأكد عدم قدرة القضاء على حل منازعات الاستثمار بالسرعة التي تتطلبها المعاملات الاقتصادية والتجارية.

الفـرع الأول

التحكيم الدولي بين النص الاتفاقي والتشريعي

لقـد تضـمنت اتفاقيات الاستثمار الثنائية منها والمتعددة الأطراف،النص على التحكيم الدولي كأداة أساسية لفض التراعات التي تثور بين الدول المضيفة للاستثمار ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى، كمـا جـاء ذلـك في نـص المادة 9من الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجيكي اللوكسنبورغي عام 1991على انه"في حالة عدم التوصل الى تسوية بالتراضي مباشرة بين الأطراف المتنازعة أو بالتفاوض بالطرق الدبلوماسية خلال مدة 6 اشهر من تاريخ الأشعار يعرض هذا الخلاف بـناء عـلى طلب من أحد الأطراف المعنيين بذلك الخلاف، لتحكيم المركز الدولي لتسوية المنازعات المـتعلقة بالاستثمارات ...ولهذا الغرض يعطي كل طرف متعاقد الموافقة المسبقة والقطعية على أن يحال كـل خلاف لهذا التحكيم وتتضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء إلى الطعن الإداري والقضائي الداخليين).

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص258

كما تضمن نص المادة 8 من الاتفاقية المبرمة في 18 ماي بين الدولة الجزائرية والدولة الإيطالية المتعلقة بالترقية والحماية المتبادلة للاستثمارات على التحكيم الدولي كإجراء لفض المنازعات التي تثور بين إحدى الدولتين المتعاقدتين ومستثمر من الدولة المتعاقدة الأخرى عن طريق المركز الدولي لحل المنازعات المتعلقة بالاستثمارات أو محكمة تحكيمية تنشا لهذا الغرض .

بيد أن الأمر لا يقتصر على الاتفاقيات الثنائية، فقد سلكت الاتفاقيات الجماعية نفس المسلك من ذلك ما نصت عليه الاتفاقية المتضمنة إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار في المادة 58 على وجوب حل الخلافات المتعلقة بمسائل ضمان الاستثمار من خلال إجراءات التحكيم ،وخصص لذلك ملحقا كاملا لتسوية المنازعات وقد بوب بـ(الملحق الثاني)وتضمن نص المادة الرابعة من الملحق جميع إجراءات التحكيم وشروط ممارسته بحيث يبدأ إجراء التحكيم بإشعار يقدمه طالب التحكيم الى الأطراف المتنازع معها موضحا فيه البيانات المتعلقة بالتراع وطبيعته والطلبات المراد الفصل فيها واسم المحكم المعين من قبل الطالب وعلى المطلوب الرد على الإشعار بتعيين محكم عنه خلال 30 يوما من تاريخ تلقيه الإشعار ويعين الطرفان محكما ثالثا يكون رئيسا لهيئة التحكيم خلال مدة 30 يوما. وفي حالة عدم تمكن الأطراف من تشكيل هيئة التحكيم ،يتم تعيينها بقرار من الأمين العام للمركز الدولي لتسوية المنازعات أو بقرار من محكمة العدل الدولية إذا لم يقم الأمين العام للمركز بتعيين المحكم الثاني أو رئيس هيئة التحكيم خلال 30 يوما من تاريخ تلقيه للطلب.

كما تناولت اتفاقية المؤسسة العربية للضمان موضوع التحكيم في مسائل الاستثمار كوسيلة لفض المنازعات التي تثور بين أي من الأقطار المتعاقدة من جهة وبين المؤسسة[1]،وقد جاء في الملحق رقم واحد المنصوص عليه في المادة 4 التأكيد على التحكيم كوسيلة لفض منازعات الاستثمار.

ومما تجدر ملاحظته أن إجراءات التحكيم التي جاء بها المنصوص عليه في المادة الرابعة السالفة الذكر أنها لا تختلف في مضمونها وشروطها عن إجراءات التحكيم الواردة في اتفاقية الوكالة الدولية للضمان،إلا فيما يتعلق بخصوصيات الأعضاء وطابعها الإقليمية.

كما تضمنت الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية والتي صادقت عليها الجزائر في شهر أكتوبر عام 1995 النص على شرط التحكيم الدولي كإجراء لتسوية الخلافات من خلال ما ورد المادة 25 من الاتفاقية والمادة لثانية من الملحق رقم (2) الذي يعتبر جزءا

[1] راجع في ذلك المادتان :35و36 من اتفاقية المؤسسة العربية للضمان.

لا يستجزأ مسن الاتفاقية كما نصت على ذلك المادة 26 من نفس الاتفاقية،ويعتبر التحكيم وسيلة أساسية لحل منازعات الاستثمار في كثير من الاتفاقيات الدولية [1].

بيد أن شرط التحكيم لم يقتصر النص عليه ضمن الاتفاقيات الدولية ،إنما قد تضمنته أيضا النصوص التشريعية المتعلقة بتنظيم الاستثمار ،فق جاء في التشريع الجزائري الاستثمار الصادر في شهر آوت عـام 2001 وفي نـص المادة 17 تحت عنوان باب الضمانات بأنه "يخضع كل خلاف بين المستثمر الأجنبي والدولة الجزائرية يكون بسبب ا لمستثمر أو بسبب إجراء اتخذته الدولة الجزائرية ضده للجهات القضائية المختصة إلا في حالة وجود اتفاقيات ثنائية أو متعددة الأطراف ف أبرمتها الدولة الجزائرية تتعلق بالمصالحة والتحكيم أو في حالة وجود اتفاق خاص ينص على بند تسوية أو بند يسمح للطرفين بالتوصل الى اتفاق بناء على تحكيم خاص".وهذا النص يقابله في مضمونه نص المادة 41 من التشريع القديم الصادر في 5 أكتوبر عام 1993 المتعلق بترقية الاستثمار الذي كان معمولا به سابقا

والجدير بالملاحظة أن نص المادة 17 من قانون تطوير الاستثمار بالجزائر يشير الى صيغتين من صيغ التحكيم وهما، مشارطة التحكيم، واتفاق التحكيم ،ويتطابق هذا النص مع ما جاء في نص المادة 458 مكـرر 1 مـن المرسـوم التشريعي رقم 09/93 المؤرخ في 1993/04/25 المتعلق بموضـوع التحكيم التجاري الذي نص على تسوية الخلافات عن طريق التحكيم الدولي سواء تعلق الأمـر بمشارطة التحكيم أو باتفاق التحكيم دون أي تمييز بينهما،وبذلك يكون المشرع الجزائري قد كرس المفهومين معا في صياغة مشتركة رغم الخلاف ا لفقهي القائم حول موضوعهما.[2]

إن الأغلبـية السـاحقة من الدول أصبحت تقر في تشريعاتها الخاصة أوفي تعهداتها الدولية بأهمية التحكـيم كوسـيلة لحل منازعاتها في مجال الاستثمار وفي مجال التعاملات الاقتصادية والمالية بالطرق السـلمية وهذا في الواقع أجراء ليس بجديد، فقد عرف المجتمع العربي قديما، أسلوب التحكيم وطبقته

---

[1] من بين الاتفاقيات التي تناولت شرط التحكيم ما نصت عليه المادة 12 من الاتفاقية المبرمة بين استراليا وفيتنام عام 1991،والمادة 9 مـن الاتفاقية المبرمة بين الهند وبريطانيا عام 1994 والمادة 6 من الاتفاقية المبرمة بين مصر والولايات المتحدة عام 1982.انظر في ذلك على حسن ملحم.دور المعاهدات الدولي...المرجع السابق ص243.

[2] نظر في ذلك: عمر الزاهي.التحكيم دراسة قدمت الى الملتقى المنعقد بالجزائر بين 1و3 ديسمبر عام 1993..ص2.

القبائل العربية حينما كانت تفتقر الى وجود سلطة مركزية قوية ،وطبقته حديثا ،في علاقاتها التجارية والمالية[1] .

كما عرفته دول العالم وتبنته المنظمات الدولية رغم معارضة الدول الاشتراكية وبعض الدول النامية لموضوع التحكيم الدولي،لأنها ترى في عرض نزاعات الاستثمار الأجنبي على التحكيم ا الدولي يعد بمثابة الاعتراف بالشخصية الدولية للمستثمر الأجنبي،هذا الاعتراف يخلق له مركزا قانونيا لا مبرر له،كما أن عرض نزاع الاستثمار على القضاء الدولي يؤدي الى تطبيق الاتفاقيات الدولية والعرف الدولي،بينما التراع من تنظيم القانون الوطني واختصاص القضاء المحلي مع أن تاريخ التحكيم الدولي اثبت معارضة الدول المتقدمة لهذا الإجراء في مرحلة من المراحل التاريخية[2]،وتحت تأثير التغيرات الدولية فان هذا الموقف قد تغير في مجمله بالنسبة لمعظم الدول،حتى وان كان هنالك بعض الدول من أمريكا اللاتينية ما تزال تبدي تحفظها عليه، رغم أن أساس الاعتراض لديها لا يقوم على التحكيم في ذاته بقدر ما يقوم على معارضة القواعد الموضوعية التي يطبقها المحكمون استنادا الى فكرة الحد الأدنى من قواعد معاملة الاستثمار الأجنبي وهي قواعد لا يعترف بوجودها معارضو هذا المبدأ[3]،كما تنظرا الدول النامية الى قواعد الحد الأدنى على أنها قواعد من خلق الدول الاستعمارية و لم تشارك في إنشائها،وان تطبيقها يؤدي الى المساس بمصالحها.

أما الدول الشيوعية فقد فسرت رفضها للتحكيم الدولي بعدم الثقة لأنها ترى بأنه من الصعب إيجاد محكم محايد في علاقات ذات أنظمة قانونية مختلفة،كما يصعب على المحكم التمييز بين المسائل القانونية و المسائل السياسية مما قد يؤدي إلى تغليب المصالح السياسية للدول وفي مثل هذه الظروف ويكون عندها الحل الدبلوماسي افضل من التحكيم[4].

إن اللجوء المتزايد للدول والهيئات الدولية نحو التحكيم الدولي دليل على اهمية هذه الوسيلة في حل المنازعات الدولية.

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار في البلاد العربية.المرجع السابق ص260

[2] من ذلك مثلا معارضة ألمانيا للمشروع الروسي في مؤتمر لاهاي 1899 ومعارضة بريطانيا بروتوكول جنيف 1924 لان مصالحها آنذاك لم تكن تستدعي اللجوء إلى التحكيم الدولي.إبراهيم محمد العناني.اللجوء إلى التحكيم الدولي.المرجع السابق.ص22

[3] إبراهيم العناني.اللجوء إلى التحكيم الدولي.المرجع السابق ص.22و23. انظر في هذا الصدد أيضا :حسن عطي الله.سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق.ص235 ، 234.

[4] إبراهيم محمد العناني.اللجوء الى التحكيم الدولي.المرجع السابق ص 23 ، 22.

كمـــا يعتبر ضمانة هامة للمستثمر لان الدولة المضيفة لا تستطيع أن تعدل من شروط التحكيم بإرادتها المنفردة بعد قبولها بالالتجاء اليه في تسوية منازعاتها المتعلقة بالاستثمار.

الــفرع الثــاني

طبيعـــة التحكيـــم الـــدولي

يـــتخذ التحكيم شكل تحكيم خاص حينما يتولى أطراف النزاع تشكيل محكمة تحكيم بإرادتهما للفصل في نزاعهما وتنتهي بانتهاء الفصل فيه،ويكون موضوع التحكيم عبارة عن تسوية للنزاع بقرار صادر عن قضاء خاص يجسده قرار التحكيم[1].ويعتبر التحكيم أيضا خاصا إذا نص شرط التحكيم على إحالة بعض المنازعات دون البعض الآخر[2].

أمـــا التحكـــيم العام فهو التحكيم المؤسسات ،أو التحكيم الذي يحيل فيه أطراف النزاع كافة المنازعات المتعلقة باستثماراتهم الى جهة تحكيمية معينة ودائمة.

و الجدير بالملاحظة أن التحكيم في كلا الحالتين السابقتين يثير فكرة تحديد موضوع وطبيعة النزاع الـــذي يختص بالفصل فيه،مما يستدعي، التوقف عند هذه المسالة والبحث فيها لمعرفة مضمون وطبيعة هـــذه النزاعات ،التي تعتبر من موضوعات وصلاحيات التحكيم، وقد تناولت المحكمة الدائمة للعدل هذا الموضوع في قضية مافروماتيس في فلسطين و عرفت التحكيم بأنه(اختلاف حول مسالة واقعية أو قانونية،تتمثل في تنازع أو تعارض الآراء القانونية أو المصالح بين شخصين)[3].

وحسب هذا التعريف فان التحكيم يقوم بمجرد أن تقوم دولة بإبلاغ دعواها أو وجهة نظرها إلى دولـــة أخـــرى وترفض الأخيرة الأخذ بوجهة نظر الأولى أو تعارضها فينشأ النزاع ويصبح نزاعـــا دولـــيا،وهذا مـــا نصت عليه اتفاقية تسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمارات بين الدول ورعايا الدول الأخرى في مادتها الخامسة والعشرين، على أن المركز يختص بالمنازعات ذات الطابع القانوني التي تنشأ بـــين دولة متعاقدة واحد رعايا دولة متعاقدة أخرى وله صلة بالاستثمار،أما إذا كان موضوع النزاع

---

[1] عمر الزاهي. التحكيم دراسة قدمت الى الملتقى المنعقد بالجزائر في الفترة الممتدة بين 1و3 ديسمبر 1993 .ص 10و11 .

[2] مـــن ذلـــك مـــا نصت عليه المادة 2/11 من الاتفاقية المبرمة بين ألمانيا الاتحادية وبولونيا عام 1989 على انه "إذا لم تتم تسوية المـــنازعات المـــتعلقة بالتأميم ونزع ملكية المستثمرين وحقوقهم في تحويل رؤوس أموالهم والأرباح الى الخارج خلال 6 اشهر بدءا من تاريخ نشوئها يحق لكل طرف أن يحيل النزاع الى محكمة تحكيم دولية "انظر:على حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية....المرجع السابق ص250 .

[3] عـــلى حســـن ملحم .دور المعاهدات...المرجع السابق ص244.إبراهيم محمد العناني.اللجوء إلى التحكيم الدولي المرجع السابق.ص 289.

يـــتعلق بالخلافـــات السياسية فان المركز الدولي لتسوية التراعات الاستثمارية لا يختص بذلك. ويعتبر الـــتراع قانونيا إذا تعلق الأمر فيه بوجود حق، أو التزام أو بتحديد النتائج المترتبة عن الإخلال بالتزام، وبمدى التعويض المستحق عنه، ويختص المركز بالفصل فيه،ويعتبر من اختصاصاته[1] .

وقـــد أشارت بعض الاتفاقيات الدولية[2] الى ضرورة توفر الصفة القانونية للتراع،بمعناه أن يكون الـــتراع قانونـــيا دون أن تضـــع تعريفا لمعنى التراع القانوني مكتفية بتعداد المسائل التي تعد من قبيل المنازعات القانونية كما ورد ذلك في الفقرة الثانية من المادة 13 من ميثاق عصبة الأمم الذي اعتبر من قبيل التراعات القانونية:

-المنازعات المتعلقة بتفسير المعاهدات

-المنازعات المتعلقة بأية مسالة من مسائل القانون الدولي

-المنازعات المتعلقة بخرق التزام دولي .

كمـــا تناولت الفقرة الثانية من المادة السادسة والثلاثين من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية المســـائل القانونية على أنها المنازعات التي تقوم بين دولة تقبل ولاية المحكمة الجبرية،وبين دولة أخرى تقبل الالتزام نفسه حول المسائل التي ذكرها النص على سبيل التعداد.

أمـــا المـــنازعات التي يثور بشأنها التحفظ والتي لا يمكن عرضها على التحكيم والمتعلقة بالمصالح العليا للدول أو تمس بسيادتها ومصالحها الحيوية فقد اعتبرت من قبيل المنازعات السياسية[3]

وإذا كانـــت الاتفاقـــيات الدولية التي أشرنا أليها وكذا اتفاقية المركز الدولي لم تتضمن تعريفا للـــتراع القـــانوني فان الأعمال التحضيرية لا عداد اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات قد عرفت الـــتراع القانوني في مشروعها التمهيدي المقدم الى الاجتماعات الاستشارية الإقليمية بأنه: "أي نزاع يتعلق بحق أو التزام قانوني، أو يتعلق بواقعة ينبني عليها تحديد حق أو التزام قانوني".[4]

أمـــا الفقه فقد ذهب جانب منه الى تعريف المنازعات القانونية بأنها"المنازعات التي تتعلق بوجود أو مدى أو كيفية احترام حق ما عن طريق تحديد القاعدة القانونية الواجبة التطبيق"[5].

---

[1] يحي الجمل ،احمد عشوش. بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص 277

[2] جابر إبراهيم الراوي. المنازعات الدولية.المرجع السابق ص22

[3] جابر إبراهيم الراوي.المنازعات الدولية.المرجع السابق ص23.

[4] على حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية---المر جع السابق .ص245

[5] على حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية---المر جع السابق .ص245

وحسب ما هو وارد في التعريفين السابقين،فان التراع القانوني يرتبط أساسا بالاعتبارات القانونية المحضة،كالتراع على تفسير نص غامض في عقد الاستثمار،أو التراع الذي يثور بشان تقدير التعويض.

أما التراع السياسي فهو التراع الذي لا يصلح عرضه على القضاء الدولي ولا يمكن حله إلا بالطرق السياسية لقيامه على تضارب المصالح وتباينها مما يقتضي التوفيق بينها[1].

كما أن التراع القانوني يمكن حله بالطرق السياسية في الوقت الذي لا يمكن حل التراع السياسي عن طريق القضاء الدولي لان القضاء يطبق القواعد القانونية ويرى الأستاذ **جولدشميدت**،ان التراعات غير القانونية هي " التراعات التي لا تقبل بطبيعتها حكما على أساس قانوني".وفي تأكيده للمعنى السابق يقوا الأستاذ:**دي فيشر** "إن القابلية لتطبيق قواعد القانون الدولي الوضعي تشكل الخط الفاصل بين الخلافات السياسية والخلافات القانونية"[2].

في الواقع أن ما يقول به الأستاذ دي فيشر، يتماشى مع ما يأخذ به رجل القانون،أما رجل السياسة فلن يأخذ في الاعتبار سوى بالمصالح المثارة حتى وان كان لا ينازع في التكيف القانوني للمسالة،وعندها يصبح الخلاف الواحد قانونيا في نظر رجل القانون وسياسيا في نظر رجل السلطة وهذا التفسير يتماشى مع ما قال به الأستاذ:**كلسن** من أن" الخلاف يكون سياسيا إذا تمت تسويته بتطبيق قواعد غير قانونية ،كمبادئ الأنصاف والعدالة وتكون المحكمة قد طبقتها كقاعدة قانونية فردية يلتزم المتنازعان بالخضوع لها،حينها فقط يكون التراع سياسيا،أما التراع الذي يحسم بتطبيق قواعد القانون الدولي السابق وجودها فيعد نزاعا قانونيا[3] .وتفسير مفهوم التراع بالمعنى السابق يرى فيه البعض بأنه يقوم على افتراض وجود نقص في القانون الدولي وهو أمر لا يستقيم مع ما ذهب إليه

---

[1]لقد أثيرت هذه التفرقة أثناء النظر في التراع الذي قام بين بريطانيا والحكومة الألبانية بشان الحوادث التي وقعت بمضيق كرفو على اثر انفجار لغم أصاب سفينة بريطانية أين عرضت بريطانيا الموضوع على مجلس الأمن الدولي،باعتباره موضوع يهدد السلم والأمن الدوليين،ولم يتمكن مجلس الأمن من حل التراع فأحاله الى محكمة العدل الدولية.انظر:جابر إبراهيم الراوي.المرجع السابق ص 27، 28.

[2]إبراهيم محمد العناني. اللجوء إلى التحكيم الدولي .المرجع السابق ص223

[3]إبراهيم محمد العناني . اللجوء إلى التحكيم الدولي المرجع السابق ص 223

الفقــه و العمـــل الدولـــيين.[1] كما جاء ذلك في حكم محكمة التحكيم الخاص بتراع : شيخ أبي ظبي وشـــركة استثمـــار نفـــط أبي ظبي المحدودة[2] وقد علق بعض الفقهاء على الحكم بقولهم"في كافة المـــنازعات المـــتعلقة بعقود الاستثمار،وعندما لا يحدد الأطراف نظاما قانونيا معينا،فالهم يقصدون أن تحكـــم المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدنة هذه العقود،أما،إذا حالتنا تلك العقود الى نظام قانوني معين،فانه يكون من الخطأ تطبيق هذه المبادئ.....ومع ذلك،إذا كان القانون المعين قانونا قديمـــا بالنسبة للعلاقات التجارية،كما هو الحال في قضية تحكيم أبي ظبي فانه يجوز للمحكمة أن تطبق المبادئ العامة للقانون".[3]

كمـــا تناولـــت اتفاقية الوكالة الدولية موضوع التساؤل الذي أتثير بشان نقص قواعد القانون الـــدولي من خلال نص المادة (4ز)من الملحق الثاني حيث جاء فيه"لا يجوز للهيئة الامتناع عن إصدار حكم في المنازعة بحجة نقص القانون أو غموضه".ويعني النص السابق أن الصفة القانونية للتراع تقوم بمجرد عرضه على هيئة التحكيم سواء وجود النص أم لم يوجد مما يؤدي قد يؤدي الى إعطاء مفهوم موسع لمدلول التراع القانوني.

إن التعاريف المختلفة التي ذكرناها، الرامية الى تحديد طبيعة التراع القانوني كموضوع للتحكيم تـــتأرجح بـــين المعيارين الموضوعي والشخصي، ففي قضية نزاع أبي ظبي نجدان المحكم قد طبق معيارا موضوعيا في تحديد طبيعة الخلاف من خلال تأسيسه على قواعد قانونية[4] بحث انه،لو كان نزاع شيخ أبي ظبي سياسيا لما طبق المحكم مبادئ القانون،هذا التفسير يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذان: **دي فيشر** ، **جولدشميدت** ، اللذان ،أقرا بان قابلية خضوع التراع لقواعد القانون الدولي يعد في حد ذاته الخط الفاصـــل بين التراع القانوني والتراع السياسي. غير أننا نعتقد أن العمل بهذا المفهوم فيه مصادرة على

---

[1] لقـــد خلـــص الأســـتاذ إبراهيم العناني إلى القول بعدم وجود نقص في القانون الدولي على وجه الخصوص.انظر:اللجوء الى التحكيم الـــدولي.المرجع السابق.ص233-249 ،كما تنص المادة 42 فقرة 2 على عدم جواز رفض فصل محكمة التحكيم في التراع بحجة عدم وجود نصوص قانونية أو عدم وجود مثل هذه النصوص.

[2] من بين المنازعات التي أثيرت في هذا الشان التراع الذي ثار بين شيخ أبو ظبي وشركة استثمار نفط أبي ظبي وقد لاحظ لورد اسكويت الحكم الوحيد في التراع عدم وجود قانون لأبي ظبي يلائم العلاقات الاقتصادية الحديثة،مما أدى به إلى تطبيق المبادئ والمفاهيم الشائعة في الدول المتمدنة بوصفها نوعا من الأحكام القانونية الحديثة.انظر :علي حسن ملحم ،دور المعاهدات. المرجع السابق ص247.

[3] علي حسن ملحم. نفس المرجع السابق.ص247

[4] إبراهيم العناني.اللجوء الى التحكيم الدولي.المرجع السابق ص222.

المطلوب،لأننا لو أخضعنا التراع نفسه للحل السياسي لقلنا بان التراع سياسي وعندها نخرجه من طابعه القانوني لمجرد تسويته سياسيا.

أما الاتجاه الذي يأخذ بالمعيار الشخص للتمييز بين التراع القانوني وغير القانوني فيرى أن العبرة، ليست في طبيعة التراع ذا ته وفي وجود قواعد قانونية تطبق عليه،بل فيما يقرره الطرفان من جعله نزاعا قانونيا أو سياسيا،فإذا كان طرفا التراع يرغبان في حله وفقا للقانون اعتبر التراع قانونيا،أما إذا لم يرغبا في حله بالطرق القانونية اعتبر التراع سياسيا،ويعني ذلك أن تحديد طبيعة التراع عند أنصار هذا الاتجاه تتوقف على إرادة الأطراف و الى الطريقة التي يصيغون بها موقفهم فان كان الطلب المقدم يهدف الى تسوية التراع سياسيا كان التراع سياسيا ،أما إن كان طلب الأطراف يتجه نحو الحل القانوني اعتبر التراع قانونيا ،مثلما يقول بذلك:**كاستبرج** أمام معهد القانون الدولي عام 1913 في تعريفه للتراع إذ يعرفه "بان الفاصل في معرفة ما إذا كان الخلاف ذا طبيعة قانونية أم لا،يتوقف على طريقة عرض الأطراف للمسالة محل الخلاف،ولا يكون قانونيا إلا في الحدود التي يتنازع فيها الأطراف،حول تطبيق قواعد القانون الدولي أو حول تفسيرها[1]،ولهذا الاتجاه أنصار من بينهم: **اوبتهيم**،**مدام باستيد** وفي الفقه العربي الأستاذ **محمد حافظ غانم** [2].

وقد انتقد أنصار هذا الاتجاه بأنهم ،لم يحدد لنا متى يضفي الأطراف الصفة القانونية على نزاعهم،ومتى يضفون عليه الصفة السياسية مما يبقى الأمور على حالها دون تمييز بين التراع القانوني والتراع السياسي .وان الأخذ بهذا المعيار يفتح المجال إمام الأطراف لاختيار الإجراء السياسي في حل منازعاتهم حتى وان كان التراع قانونيا تهربا من الالتزامات القانونية.

وأمام الانتقادات الموجهة للمعيارين الشخصي، والموضوعي وعدم تمكنهما من التوصل الى تحديد التراعات القانونية بشكل واضح ومحدد،وتمييزها عن التراعات السياسية،جعل التراع الواحد يكيف من وجهة نظر أنصار المعيار الموضوعي نزاعا قانونيا،ومن وجهة نظر أنصار المذهب الشخصي إلى نزاع سياسي،مما جعل التفضيل بينهما أمرا مستعصيا ،كما أن معظم التراعات تضم عناصر قانونية وعناصر أخرى سياسية في وقت واحد .

---

[1] إبراهيم العناني.التحكيم الدولي المرجع السابق ص220

[2] إبراهيم العناني.نفس المرجع السابق ص221 .

و مـــن الناحـــية الواقعية فان التفرقة لم تعدلها أهمية كبيرة في مجال التطبيق الدولي للتحكيم ،لان العمل الدولي درج على اتباع طريقة إحصائية للتفرقة بين النزاعات القانونية وغير القانونية من خلال تبني الاتفاقيات والمواثيق الدولية للأسلوب التعدادي للمسائل التي تعد من قبيل النزاعات القانونية مثلما فعلـــت ذلـــك اتفاقية لاهاي 1899 و1907 للتسوية السلمية للمنازعات وميثاق عصبة الأمم والنظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية.

و على صعيد اتفاقيات الاستثمار تجدر الإشارة الى ما نصت عليه المادة السابعة من الاتفاقية المبرمة مصر و الولايات المتحدة الأمريكية لعام 1982 من تعداد لموضوعات النزاع إذ جاء فيه"بان يحدد ال الاستثماري القانوني لأغراض هذه المادة بالنزاع الذي يتضمن :

أ-تفسير أو تطبيق عقد الاستثمار بين الطرف المتعاقد ومواطن أو شركة الطرف المتعاقد الأخر.

ب- خرق أي من الحقوق الممنوحة أو المتفق عليها في هذه الاتفاقية فيما يخص الاستثمار.[1]

بيد أن التعداد الذي جاءت به بعض الاتفاقيات المتعلقة بالاستثمار لم يحل إشكالية التفرقة بين ما يعتبر نزاعا قانونيا ومالا يعتبر كذلك، كما أن عقود الاستثمار وما يثار بشأنها من نزاعات حول بعض عناصره والقول ما إذا كانت سياسية أم قانونية؟.

ذلـــك أن تأميم الدولة لممتلكات المستثمر الأجنبي هو عمل قانوني لارتباطه بمبدأ السيادة،و يعد الـــنزاع الذي يثور بشأنه نزاع قانوني،بينما قد يكون باعث اتخاذ قرار التأميم سياسيا، عندها يصعب تكيـــيفه عـــلى انـــه عمل سياسي أو عمل قانوني،مما يضفي على عملية التأميم طابعا مزدوجا،ونظرا لصعوبة التمييز بين ما هو قانوني وما هو سياسي؟ فانه يكون من الأفضل النص في الاتفاق على اعتبار كل نزاع يتعلق بالاستثمار هو نزاع قانوني يختص به التحكيم الدولي ويكون موضوعا من موضوعاته

وقـــد جـــاءت الفقرة الأولى من المادة التاسعة من الاتفاق المبرم بين الجزائر والاتحاد الاقتصادي البلجـــيكي مجســـدة لهـــذا المعنى بنصها على أنه "كل خلاف يتعلق بالاستثمارات بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المتعاقد الأخر،يكون موضوع إشعار كتابي من طرف الجهة التي تقوم بالمبادرة" وبهذا المعـــنى يكون النص السابق قد أحال كل خلاف يتعلق بالاستثمار بين طرف متعاقد ومستثمر الطرف المـــتعاقد الأخر الى تحكيم المركز الدولي ،ونظرا لأهمية هذا الموضوع،سوف نتولى تخصيص مطلب له نتناول فيه أهم الأحكام الواردة في الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار.

---

[1] علي حسن ملحم.دور المعاهدات الدولية...المرجع السابق .ص248-249

المطلــب الثــاني

اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لعل من بين أهم الاعتبارات التي ساهمت في بعث هذه الاتفاقية الى الوجود ،الرغبة الملحة للدول المضــيفة في الحصول على المزيد من الاستثمارات الأجنبية تلبية لاحتياجاتها الاقتصادية والتنموية من جهــة ،وتبديد مخاوف المستثمرين ودولهم من المستقبل الغامض،خاصة وان الدول المصدرة، ترى بان مســاهمة مســتثمريها في تنمية اقتصاديات الدول المضيفة دون ضمانات فعالة يعد مخاطرة لرعاياها، ولتبديد هذه المخاوف عملت كل من الدول المصدرة والمستوردة على إيجاد نظام دولي للتحكيم.

الفــرع الأول

تطور فكرة إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقــد وجدت هذه الفكرة أساسها في الاقتراح الذي قدمه السيد:**داج همرشلد**،حينما كان أمينا عامــا للأمم المتحدة عام 960 بإعلانه أمام اتحاد البنوك الأمريكية عن الحاجة الملحة لإنشاء و إقامة جهاز دولي لتسوية المنازعات المتعلقة بالاستثمار الأجنبي،وانصبت الفكرة في بداية الأمر حول إنشاء جهــاز دولي للتحكيم، تابع للأمم المتحدة،لكن معارضة الدول الاشتراكية للفكرة حال دون تحقيقها [1].وقد تركز البحث عن البديل و اعتبر البنك الدولي الإطار الأنسب لذلك.

وفي عام 1961 صرح رئيس البنك الدولي السيد:**يوجين بلاك** بأنه سوف يجري دراسة تحت إشــراف البنك الدولي بشان تسوية منازعات الاستثمار،وتحقيقا لهذه الغاية قدم المستشار العام للبنك السيد بر وكسي مذكرة الى المديرين التنفيذيين موضحا فيها،أهمية إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار،وطلب من المديرين التنفيذيين مناقشة مشروع الاتفاقية مع حكوماتهم و إعداد تقرير يتضمن وجهة نظر الحكومات الأعضاء حول المشروع المقترح [2] .

---

[1] يحيى الجمل، واحمد عشوش.بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص267-269.

[2] في 18 ســبتمبر 1962 عقد الاجتماع السنوي لمجلس المحافظين وفيه عرض مدير البنك مشروع الاتفاقية على المحافظين وطلب مــنهم إصــدار قــرار يخول المديرين التنفيذيين بدراسة إمكانية إنشاء جهاز دولي لتسوية منازعات الاستثمار تحت إشراف البنك الدولي،وعلى اثر ذلك قد م موظفو البنك الدولي مشروعا تمهيديا جاء على ضوء مناقشات ومقترحات المديرين التنفيذيين ومواقف أراء حكومــات الــدول الأعضــاء وقــد تمــت للمناقشــات مــن خــلال عــدة اجــتماعات عقــدت في كل من: أديس أبابا،وســانتياقو،وجنيف،وبنكوك وذلك خلال الفترة الممتدة بين شهر ديسمبر 1963 و مارس 1964، وقد شارك في هذه

وفي شهر أكتوبر من عام 1966 تمت الصياغة النهائية لاتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات بالاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى،على أن تدخل الاتفاقية حيز التنفيذ بعد المصادقة عليها من قبل عشرين دولة وبعد مرور ثلاثين يوما على إيداع وثائق التصديق .وتعتبر الاتفاقية مفتوحة للدول الأعضاء في البنك الدولي والدول الأطراف في النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والدول التي يقرر المجلس الإداري للمركز دعوتها الى التوقيع بأغلبية ثلثي أعضائه كما تنص على ذلك المادتان (67و68)،وقد انضمت إليها الجزائر في 30 أكتوبر عام 1995 بعد أن صادقت عليها بموجب المرسوم رقم 95-346، وتعتبر الاتفاقية سارية المفعول بعد 30 يوما من تاريخ المصادقة عليها[1].

تضمن الاتفاقية،إنشاء مركز دولي يقوم بمهمة التوفيق و التحكيم في منازعات الاستثمار،آخذا بعين الاعتبار مصالح المستثمرين ومصالح الدول المضيفة.وللجمع بين هاتين الصفتين عملت الاتفاقية بمبدأ اللجوء الاختياري كأساس وبمبدأ التنفيذ الإلزامي، متى قبل الأطراف الاحتكام إليه،هاتان الصفتان تجعل من المركز أداة دولية لتشجيع وحماية الاستثمار،ووسيلة لحل الخلافات بين الدول والمستثمرين الأجانب[2] على أساس العمل بقاعدة الاختصاص الرضائي.

إن مبدأ الاختصاص الاختياري الذي يقوم عليه نظام التحكيم بالمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،لا يقوم على مجرد التصديق على الاتفاقية من قبل الدول. بل يشترط لقيام اختصاص المركز أن يكون النزاع بين الدولة ومستثمري الدول الأخرى وأن يتم ذلك بموافقة صريحة من قبل الدولة الطرف في النزاع،وبهذه الصياغة تكون الاتفاقية قد أعطت مرونة كبيرة لنظام التحكيم الدولي،وشجعت الدول النامية على الانضمام إليه،بعد إن كانت تنظر إليه كوسيلة هيمنة تستعملها الدول المتقدمة، وقد أزال هذا الوضع كثيرا من المخاوف التي كانت تراود العديد من الدول

المشاورات خبراء قانونيون بصفتهم الشخصية ينتمون الى 86 دولة على أساس المشروع المقترح والدراسات المكملة له قدم المديرون التنفيذيون تقريرهم الى مجلس المحافظين المنعقد بطوكيو عام 1964 الذي تمت فيه تكليف المديرين التنفيذيين بإعداد الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمار وعلى ضوء الدراسات المختلفة التي ساهم فيها البنك الدولي بمختلف أجهزته وحكومات الدول الأعضاء وجهات أخرى كاللجان الاقتصادية للأمم المتحدة،تم التوصل الى الصياغة النهائية لاتفاقية دولية متعددة الأطراف وقد تم وضع المشروع النهائي للاتفاقية في 18 مارس 1965.انظر في ذلك: يحي الجمل واحمد عشوش.بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص268-270.

[1] تنص الفقرة الثانية من المادة 68 على أن(تدخل الاتفاقية دور النفاذ بمضي 30 يوما على الإيداع).

[2] منى محمود مصطفى.الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار.المرجع السابق ص 49.

وخاصة دول أمريكا اللاتينية،بل و يحق لأي دولة أن تشترط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية كشرط لقبول التحكيم ويطبق على النزاع النظم القانونية التي يوافق عليها الأطراف فإذا لم يتفق الطرفان يطبق قانون الدولة المتعاقدة[1].

ويتضـــح مما تقدم أن مبدأ الاختصاص الاختياري الذي اخذ به المركز لا يتعلق بالموافقة الكتابية على الاتفاقية فحسب بل يمتد ليشمل المنازعات الاستثمارية التي لا ترى الدول ضرورة لعرضها على المركز،ســـواء ا لأهميتها الاقتصادية أو لارتباطها بالسيادة ،هذه الصورة سوف تبددت مخاوف بعض الدول من فكرة اللجوء إلى التحكيم الدولي.

إن موافقـــة الأطـــراف المتـــنازعة على اختصاص المركز للنظر في النزاعات التي تثور بينها وبين المســـتثمرين الأجانـــب تعـــد حجر الزاوية لاختصاصه، مما يؤكد بان اتفاقية المركز الدولي لتسوية المـــنازعات الاستثمارية قد أخذت بالمبادئ العامة للتحكيم من خلال إقرارها لمبدأ اللجوء الاختياري لاختصاص المركز،لان الاتفاقية تلزم أطرفها باللجوء إلى التحكيم بمجرد تصديق الدول على الاتفاقية كمـــا يتضـــح لنا ذلك من خلال ما جاء في نص المادة 1/25 التي تنص بان " يوافق أطراف النزاع كـــتابة عـــلى طرحه على المركز"وقد أدى ذلك بالبعض إلى القول بأنه من الخطأ أن نعتبر المركز أداة إلزامـــية لتسوية منازعات الاستثمار لان تصديق الدول الأعضاء على الاتفاقية لا يعني سوى استعداد الدول لقبول خدمات المركز دون أن ينصرف ذلك الى حد الالتزام.[2]

غيرانـــة وبعـــد لجـــوء الأطراف المتنازعة الى المركز لا يجوز لا حدهما سحب موافقته دون رضا الطـــرف الآخر،ويعتبر الرضا شرطا مهما لصحة اتفاق التحكيم كما نصت عليه اتفاقية الأمم المتحدة المـــبرمة في نيويورك عام 1958 المتضمنة للرضا كشرط أساسي في التحكيم الدولي وكركن لصحة التصرفات الإرادية المنصبة على موضوع معين لأحداث اثر قانوني محدد.

لذلـــك يشترط في الرضا أن يكون خاليا من العيوب وان يصدر عن أشخاص يتمتعون بالأهلية القانونية ويملكون سلطة إلزام الأطراف بما تلاقت عليه إرادتهم المشتركة[3].

---

[1] حسين عطية الله سيادة الدول النامية على موارد الأرض الطبيعية.المرجع السابق ص236.

[2] حسني محمود مصطفى. الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر ودور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار.المرجع السابق ص 50.

[3] راجع في تفصيل ذلك:سامية راشد التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.منشاة المعارف ألا سكندرية.ص 309 وما بعدها.

هـــذا التفسير يتماشى مع ما ذهبت إليه المادة 1/25 من اتفاقية المركز التي تشترط عدم التنازل عن شرط التحكيم من جانب واحد ودون موافقة الطرف الأخر، مما يؤكد بان التحكيم عقد رضائي ملـــزم للجانبين يقوم على إرادة الأطراف،و تأيد هذا الموقف أيضا من قبل القضاء الفرنسي والقضاء المصري بإضفائهما الصفة العقدية على شرط التحكيم واعتباره عقد رضائي ملزم للجانبين يقوم على إرادة الأطراف المشتركة[1]

بيـــنما يذهـــب جانب اخرمن الفقه[2] في تكيفه لطبيعة التحكيم، بأنه سلوك قضائي مرجحين في ذلك الطابع القضائي واصفين إياه بأنه إجراء قضائي ملزم للخصوم متى قبلوا به،مؤسسين تكيفهم في ذلك على الاعتبارات التالية:

-انه يقوم بنفس الوظيفة التي يقوم بها القضاء.

-أن المحكم يصدر أحكاما نهائية ملزمة

-إن التحكـــيم لا يتميز عن القضاء إلا في كونه صادر عن محكمة خاصة بينما يقوم القضاء على مبدأ الديمومة

وقد أنتقد هذا الاتجاه على أساس انه لا يمكن وصف التحكيم بالعمل القضائي بالمعنى الكامل لأنه لا يصـــدر عـــن السلطة القضائية و لم تتبع بشأنه الإجراءات القضائية وتتحكم فيه إرادة الأطراف وقواعد العرف والعدالة، مما يجعله عملا قضائيا ذا طبيعة خاصة.

كمـــا انه لا يمكن اعتباره عقدا لان الأمر يستوجب عدم الخلط بين العقد المبني على تلاقي إرادة الأطـــراف وبين التحكيم كأداة خاصة تخضع لقواعد قد لا تجد أساسها في تشريعات الدول الأطراف بل في غيرها من المواثيق والاتفاقيات الدولية وفي أنظمة ولوائح التحكيم، لان استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي ورد فيه يجعل شرط التحكيم خاضعا إلى قانون غير القانون الذي يحكم العقد الأصلي،كما أن الدفع ببطلان حكم التحكيم مرتبط في العديد من الحالات بعقد التحكيم مما يؤدي إلى التشـــكيك بالصـــفة القضـــائية لحكم التحكيم،فإذا طعن أحد أطراف النزاع ببطلان العقد الذي يتضمن شرط التحكيم فان ذلك يعني الطعن ببطلان الشرط التحكيمي الوارد في العقد الأصلي، ومن ثم فان بطلان العقد قد يؤدي إلى بطلان شرط التحكيم باعتباره جزءا لا يتجزأ من العقد.

---

[1] عـــاطف إبراهـــيم محمـــد.ضـــمانات الاستثمار...المرجع السابق ص267 وكذلك ،إبراهيم محمد العناني.اللجوء الى التحكيم الدولي.المرجع السابق ص 94-95.

[2] عاطف إبراهيم محمد. اللجوء الى التحكيم الدولي .مرجع سبق ص267.

غـــير أن موضوع ارتباط شرط التحكيم بالعقد الأصلي الذي يتضمنه ومدى استقلاليته اعتبر من ابـــرز المســـائل الخلافـــية الـــتي شغلت بال الفقه،مما أدى بالرأي الراجح في الفقه الى تغليب نظرية استقلاليـــة شـــرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي يتضمنه لعدة اعتبارات من أهمها:

-إمكانية خضوع العقد الأصلي لنظام قانوني يختلف عن النظام الذي يحكم شرط التحكيم.

-إمكانـــية إخضـــاع شرط التحكيم لقاعدة الإسناد، مع تطبيق نظام قانوني يختلف عن القانون الذي يحكم العقد الأصلي .

-مســـايرة العمـــل الدولي لمبدأ استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي من خلال ما جاء في بعـــض الاتفاقـــيات الدولـــية ونظام الهيئات الدائمة للتحكيم الدولي[1]،الأمر الذي يؤكد بأن شرط التحكيم لا يعدوان يكون مجرد تعبير عن إرادة الأطراف المتنازعة في اختيارهم للتحكيم كوسيلة لفض منازعاتهم وليس في تقرير صحة التحكيم واستقلاليته وهو ما ذهبت إليه المادة 8/ف4 من نظام غرفة التجارة ا لدولية التي نصت على امتداد سلطة المحكم في أي نزاع يثار أمامه حول انعدام العقد الأصلي أو بطلانه،ولهيـــئة التحكـــيم أن تصدر حكمها مستقلا في ضوء الحجج المقدمة ولا يجوز لها أن تقرر وقـــف الســـير في إجراءات التحكيم لمجرد أن أحد الأطراف نازعها في اختصاصها[2]. ويعني ذلك أن الادعاء بانعدام العقد الأصلي أو بطلانه بطلانا مطلقا لا يحول دون اختصاص هيئة التحكيم بالنظر في اتفاق التحكيم استقلالا.مما يؤكد استقلالية شرط التحكيم عن العقد الأصلي وتعتبر موافقة الأطراف باللجوء الى التحكيم في نزاع معين بمقتضى الاتفاقية بمثابة استبعاد الطرق الأخرى لتسوية المنازعات، غـــير أن ذلك لا يمنع الدولة المتعاقدة بان تتمسك بشرط استنفاذ إجراءات التقاضى الداخلية إذا لم

---

[1] لقـــد نصـــت المادة الخامسة من اتفاقية جنيف لعام 1961 على أن"""""" المحكم الذي يفصل في منازعة في اختصاصه،يجب ألا يـــرفع يـــده عن الدعوى بل له صلاحية النظر بوجود أو صحة الاتفاق التحكيمي أو العقد الوارد فيه هذا الاتفاق).كما أخذت بمبدأ الاستقلالية أيضا المادة 15 من اتفاقية تسوية منازعات الاستثمار بين الدول العربية.وكذلك ما نصت عليه المادة 3/8 من نظام غرفة التجارة الدولية بأنه(إذا أثار أحد الطرفين دفعا أو اكثر يتعلق بوجود اتفاق تحكيم أو بصحته كان لهيئة التحكيم بعد التأكد لأول وهلة مـــن وجود ذلك""" وللمحكم وحده في حالة اتخاذ أي قرار يتعلق باختصاصه،وإذا لم يكن ثمة اتفاق على خلاف ذلك،فان الادعاء بـــبطلان العقـــد أو انعدامه لا ينفي اختصاص المحكم إذا رأى صحة اتفاق التحكيم وحتى في حالة انعدام العقد أو بطلانه يظل المحكم مختصـــا في الـــتراع والفصـــل في ادعاءات وطلبات الطرفين).ونفس الموقف اقره نظام محكمة لند ن للتحكيم الدولي والاتفاقية المنشئة للمؤسســـة العربية للضمان من خلال ما ورد في نص المادة 1/4 هـــ من الملحق الأول الذي ينص بان(تفصل محكمة التحكيم في كل المسائل المتعلقة باختصاصها).انظر في ذلك:عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار....المرجع السابق ص268-271.

[2] سامية راشد:ا لتحكيم في العلاقات الدولية الخاصة.المرجع السابق.ص126-127.

ستبعد الشرط بنص خاص،كما نصت على ذلك الاتفاقية المبرمة بين الجزائر والاتحاد البلجيكي اللوكسنبورجي المبرمة عام 1991 التي جاء فيها بان "تضمن هذه الموافقة التخلي عن شرط استنفاذ اللجوء الى الطعن الإداري والقضائي الداخليين".

إن النص المذكورة يلزم الطرفان بتسوية خلافاتهما في مجال الاستثمار خارج إطار وسائل التسوية المحلية،رغم أن الانضمام الى اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار لا يلغي حق الدول في العمل بشرط استنفاذ إجراءات التقاضي الداخلية[1] بل ويمكن للدولة أن تكون طرفا في الاتفاقية دون أن تلتزم بعرض إي نزاع استثماري للتوفيق أو التحكيم ،الشيء الذي يبرز مدى أهمية عنصر الاختيار في نظام المركز ،بيد أن الأطراف المتنازعة حتى وان قبلت اختصاص المركز ،فان الاتفاقية منحت المتقاضين مرونة كبيرة في إجراءات إقامة الدعوى من خلال الحق الممنوح لهم في تعيين الموفقين أو المحكمين من خارج القوائم ،بشرط أن تتوفر فيهم الصفات المقررة في المحكمين المعينين بالقوائم[2]

الفرع الثاني

الأسس التي يقوم عليها التحكيم في اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار

لقد تضمنت الاتفاقية مجموعة من الأسس نوجزها فيما يلي

الأساس الأول : أن يكون النزاع بين دولة عضو ومواطن دولة أخرى.

لكي يقوم اختصاص المركز بالنظر في النزاع يجب أن يكون أحد الأطراف دولة متعاقدة وان يكون الطرف الآخر مواطن دولة أخرى سواء كان شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا، والمقصود بالطرف الآخر في مفهوم هذه الاتفاقية كل شخص لا يحمل جنسية الدولة المتنازع معها،بمعنى أن الاتفاقية تبنت في تحديدها لمفهوم الطرف الآخر مفهوما سلبيا حيث يعتبر الشخص أجنبيا كل من لا يحمل جنسية الدولة المتنازع معها أو يخضع لرقابتها،أما إذا كان الشخص المعنوي يحمل جنسية الدولة المتنازع معها ووافقت على معاملته كمواطن دولة أخرى لوجود سيطرة أجنبية على ملكية المشروع المتنازع معه فانه يجوز للمركز النظر في النزاع ويعد ذلك إقرار بأخذ الاتفاقية بمعيار الرقبة في تحديد اختصاصها،إلى جانب ذلك فان الاتفاقية قد خولت المستثمر الخاص مقاضاة الدولة المتنازع معها

---

[1] احمد عبد الحميد عشوش.النظام القانوني لاتفاقيات البترول.المرجع السابق ص463-468.

[2] تنص المادة 31 من اتفاقية المركز بأنه "يمكن أن يختار الموفقون من خارج قائمة الموفقين.......يجب أن تتوفر في الموفقين المعينين من خارج القائمة الشروط والمؤهلات المبينة بالمادة 14-1).

بصفته الشخصية دون حاجة للدولة التي يحمل جنسيتها أو تبنيها لنزاعه،ويعد هذا الأمر خروجا على قواعـــد الحمايـــة الدولية المألوفة بشان النزاعات التي تعرض على القضاء الدولي الخاصة بحماية مصالح وحقوق الرعايا الأجانب وبنظام الحماية الدبلوماسية.

إن اتفاقـــية المركـــز الدولي لحل منازعات الاستثمار قد خولت للمستثمر حق اللجوء المباشر في تحـــريك دعواه دون أن تلزمه دولته أو أن تحرمه من ذلك،ومقابل الحق المخول للمستثمر فان المركز يضمن للدولة المتنازع معها الطرف المتعاقد عدم تعرضها لأي مطالبة قضائية دولية أو دبلوماسية تقوم بهـــا دولـــة المســـتثمر كما جاء ذلك في نص المادة 27 "لا يجوز لأية دولة متعاقدة أن تمنح الحماية الدبلوماسية أو ترفع قضية دولية في خصوص أي نزاع متى اتفق بشأنه أحد رعاياها مع الدولة الأخرى على طرحه على التحكيم أو تم طرحه بالفعل على التحكيم في نطاق هذه الاتفاقية).

غـــيران مـــنح الاتفاقية للفرد حق اللجوء المباشر لاختصاص المركز لا يعني عدم تقييد هذا الحق، كاشـــتراط الاتفاقية بان لا يكون النزاع قائم بين فردين أو شخصين من أشخاص القانون الخاص أو شخص من أشخاص القانون العام غير الدولة،هذه الحالات لا يجوز عرضها على المركز .

كما أن المركز لا يختص بالفصل في النزاعات التي تثور بين الدول حتى ولو كانت تتعلق بأنشطة اقتصـــادية مماثلة لطبيعة النشاط الممارس من الأفراد،حتى وان كان هناك من يرى بأنه من المناسب أن يقوم المركز بحل النزاعات التي يكون أطرافها دول مادامت الأنشطة التي تمارسها مماثلة لا نشطة الأفراد لعدم وجود ما يبرر استبعادها من اختصاص المجلس.[1]

لكـــن الاتفاقية لم تجز النظر في مثل هذه النزاعات، بينما أجازت للمركز الفصل في النزاعات التي تـــثور بـــين الـــدول والأشخاص الخاصة.بمعنى أن يكون أحد أطراف النزاع دولة متعاقدة وان يكون الطرف الثاني شخصا قانونيا تابعا لدولة متعاقدة أخرى.

أمـــا النزاعـــات التي تقوم فيما بين الدول حول تفسير أو تطبيق الاتفاقية فينعقد الاختصاص فيها لمحكمة العدل الدولية كما تنص على ذلك المادة 64.

الأســاس الثانـــي: أن يكون النزاع قانونيا ومتعلقا بالاستثمار.

حسب المادة 25 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار،فان المركز لا ينظر إلا في المـــنازعات ذات الطابع القانوني التي تكون لها علاقة بالاستثمار.وبالمفهوم المقابل فان الاتفاقية تستبعد

---

[1] يحيى الجمل واحمد عشوش.بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص278.

مـــن اختصاصها التراعات السياسية وهي نتيجة منطقية لان التحكيم إجراء قضائي يفترض فيه الفصل في المســـائل القانونية،هذه الصفة كانت قد أقرها من قبل بعض الاتفاقيات ،مثلما جاء ذلك في المادة 37 من اتفاقية التسوية السلمية للمنازعات الدولية،التي اقرها مؤتمر السلام الثاني المنعقد بلاهاي عام 1907 وقد جاء فيها " بان موضوع التحكيم الدولي هو تسوية المنازعات بين الدول بواسطة قضاة يــتم اختــيارهم عـــلى أساس من احترام القانون،وان الرجوع الى التحكيم يتضمن تعهدا بالخضوع للحكم بحسن نية".[1]

كمـــا نصت بعض اتفاقيات المتعلقة بتنظيم وحماية الاستثمار على الصفة القانونية للتراع مثلما جـــاء في المادة 11 من الاتفاقية المبرمة بين مصر واليابان عام 1977 إذ جاء في النص بأنه"سيوافق كل من الطرفين على عرض أي نزاع قانوني ينشا عن استثمارات يقوم بها أي مواطن أو شركة تابعة للطرف المتعاقد الأخر إلى التحكيم[2]

ويتضـــح من النصين السابقين انهما قد حددا لنا طبيعة التحكيم والتراعات التي يفصل فيها ،كما أن التسوية تقوم على أساس قانوني،أي أن التحكيم ينظر في المنازعة القانونية دون سواها.

غـــيران إشكالية التفرقة بين التراع القانوني وغير القانوني والمعايير المتبعة في ذلك تبقى عالقة،لان الاتفاقية لم تحدد لنا مدلول المنازعة القانونية والفرق بينها وبين المنازعة السياسية، مما حال دون إعطاء تعـــريف دقيق ومحدد لمفهوم التراع القانوني،وجعل الفقه يلقي بدلوه في هذا الموضوع ،وقد أبرزنا من خـــلال بعض التعاريف التي تطرقنا إليها الصعوبة التي واجهت الفقه في إعطاء مفهوم موحد لإشكالية التراع القانوني وغير القانوني.

أمـــا عن مضمون اتفاق التحكيم فان للأطراف مطلق الحرية في أن يضعوا من المسائل والمواضيع الـــتي يـــروها ضرورية لاتفاق التحكيم وقد حددت اتفاقية تسوية المنازعات مضمون التراع بكل ما يـــتعلق بالاستثمار ،ولو أنها لم تحدد لنا ما المقصود بالاستثمار في مفهومها تاركة ذلك لرغبة و إرادة الأطـــراف المـــتعاقدة لان الـــتراع قد لا يشمل الاستثمار كنشاط أو كمشروع برمته،بقدر ما يتعلق بخلافات حول مسائل محدودة.

---

[1] إبراهيم محمد العناني.اللجوء الى التحكيم الدولي.المرجع السابق ص9.

[2] علي حسن ملحم.دور المعاهدة الدولية...المرجع السابق ص245.

الأساس الثـــالث: القانون الواجب التطبيق ومدى إلزامية حكم التحكيم

لم تخـــرج اتفاقـــية المركـــز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار بين الدول المتعاقدة ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى عن مبدأ سلطان الإرادة باعتباره أحد المبادئ الأساسية التي يقوم عليها نظام التحكيم الـــدولي خاصة وان قواعد القانون الدولي العرفي لا تتضمن ما يلزم دولة من الدول باللجوء إلى تسوية نزاعها مع المستثمر الأجنبي خارج نطاق قضائها، إذا لم تقبل بذلك صراحة،كما انه لا يوجد ما يحول دون قبولها الالتجاء الى محكمة تحكيم دولية.

ولما كان التحكيم يقوم على مبدأ الرضا،فانه من الطبيعي أن يرجع عند تطبيق القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم إلى إرادة الأطراف في اختيارها للقانون الواجب التطبيق،وقد اقر معهد القانون الدولي المـــنعقد في دورتـــه المـــبرمة عام 1979 بأثينا هذا المبدأ بقوله انه"يجوز للأطراف أن يختاروا قانونا للعقد،إما القانون الداخلي أو عدة قوانين داخلية أو المبادئ المشتركة في هذه القوانين أو المبادئ العامة للقـــانون أو المـــبادئ المطـــبقة في العلاقـــات الاقتصادية الدولية أو القانون الدولي أو مزيجا من هذه المصـــادر". [1] وقـــد جاءت اتفاقية المركز الدولي مكرسة لهذا الاتجاه،فجعلت إرادة الأطراف في تحديد القـــانون الواجـــب التطبيق كأساس لذلك،كما تنص الفقرة الأولى من المادة 42" تفصل المحكمة في النزاع طبقا للقواعد القانونية التي يقرها طرفا النزاع".

غيران الإشكالية التي واجهت الاتفاقية في موضوع القانون الواجب التطبيق هي حالة عدم اتفاق الأطـــراف وحالـــة إغفالهم عن ذكرهم القانون الذي يحكم اتفاق التحكيم، ولمعالجة هذه الإشكالية نتعرض الى موقف الفقه ثم الى ما جاءت به اتفاقية المركز الدولي.

تجدر الإشارة هنا أن الفقه التقليدي يذهب الى ألتا كيد بأنه في حالة غياب الإرادة الصريحة يجب الالـــتجاء الى النـــية المفترضة للطرفين كأساس لتحديد القانون الواجب التطبيق،أي النية التي قد يتجه إليها الطرفان فيما لو عبرا عن إرادتهما[2].

بينما يذهب اتجاه آخر الى الأخذ بمبدأ تطبيق قانون المحل باعتباره المكان المرتبط بالعقد سواء تعلق الأمر بمحل إبرام العقد أو محل التنفيذ،وقد عمل بهذا المبدأ حكم التحكيم في النزاع الذي ثار بين شيخ أبو ضبي وشركة استثمار ساحل الصلح البحري المحدودة[3]

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار....المرجع السابق ص292

[2] انظر في ذلك:احمد عشوش.النظام القانون للاتفاقيات البترولية.المرجع السابق.ص 40.

[3] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار المرجع السابق ص 285.

أمـــا اتفاقـــية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فقد عالجت هذه الإشكالية بحل توفيقي فنصـــت على أن المحكمة تطبق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في النزاع ومبادئ القانون الدولي،وهي نظـــرة توفيقية بين مواقف الدول النامية التي تتمسك بإخضاع نشاط الاستثمارات وما يثور بشأنه من نـــزاع الى القوانين الداخلية للدول المضيفة لأن وجود التحكيم دليل على عدم ثق المستثمرين ودولهم بالقضـــاء الوطـــني للدول المضيفة،ويرد البعض على هذه الحجة، بأن عدم الثقة لا يرجع الى عيب في القضاء الوطني،بل الى ما قد تتخذه بعض الهيئات التشريعية والتنفيذية من إجراءات مبنية على اعتبارات وبواعث سياسية تكون المحاكم عاجزة عن اتخاذ أي موقف تجاه تلك الإجراءات[1]

كمـــا عارضت الدول الاشتراكية اتفاقية المركز معتبرة اللجوء الى التحكيم الدولي بمثابة المساس بســيادة الدول لان بحث منازعات الاستثمار التي تكون بين المستثمر الأجنبي والدولة المضيفة بواسطة جهـــة دولية يعتبر تدخلا في الشؤون الداخلية للدول،وان هذه المنازعات يجب أن تفصل فيها محاكم الدول المضيفة طبقا لقوانينها و أنظمتها الداخلية،كما أن ظهور المستثمر كطرف في النزاع أما الدولة يجعل منه شخصا قانونيا دوليا وهي صفة لا يقرها الفقه الاشتراكي ولا يقبل التسليم بها ولو أن هناك دولا اشتراكية لم تاب بمثل هذا الموقف مفضلة في ذلك مصالحها الاقتصادية.[2]

أمـــا الـــدول الغربية المتقدمة فترى ضرورة إخضاع النزاع المتعلق بالاستثمارات الأجنبية إلى ما يســـمى بقواعـــد الحـــد الأدنى لمعاملة الاستثمار الأجنبي، تلك القواعد التي صاغتها وأقرها فقهها التي ترفضها الدول النامية بوصفها قواعد دولية لم تشارك في إنشائها.

غـــير تبني الاتفاقية لمبدأ التوفيق جعلها تحظى بموافقة كل من الدول المصدرة و المستوردة لرؤوس الأمـــوال ،ويرجع الفضل في قبولها إلى إدراك الدول المتقدمة أن قبول الاتفاقية يعد بمثابة دعم وحماية لمصـــالح رعاياهـــا الذين يستثمرون أموالهم في الخارج وانضمام الدول النامية للاتفاقية يعطي نوعا من الثقة للمستثمرين ويدفعهم إلى الاستثمار بها، كما أنها تتيح للدول النامية فرصة الاستعانة بالموارد المالية

---

[1]حـــاول بر وكسي المستشار العام للبنك الدولي أن يرد على الاعتراضات المقدمة من قبل دول أمريكا اللاتينية في محاضرة ألقاها في ســـان جـــوان بـــــ(بورتريكو) في شهر ماي 1965 حول أهمية الاتفاقية الدولية لتسوية منازعات الاستثمارات مبرزا الصفة الاختـــيارية الـــتي يقو عليها التحكيم في ظل هذه الاتفاقية كما أكد على أن اللجوء إلى التحكيم لا يعني انتهاك مبدأ المساواة بين الوطـــني والأجـــنبي طالمـــا أن الـــلجوء إليه يبقى اختياري بالنسبة للدولة المضيفة انظر:يحي الجمل و احمد عشوش.بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص294.

[2]تعد يوغسلافيا الدولة الاشتراكية الأولى التي صادقت على الاتفاقية وتم ذلك في 21 مارس عام 1967

الأجنبـــية كمصـــدر لتمويل تنميتها وبهذه الكيفية يكون الاحتكام إلى قواعد القانون الوطني وقواعد القانون الدولي أمر مستساغ بالنسبة للطرفين لذلك يكون للمحكمة حرية تطبق قواعد القانون الدولي حينما تتطلب ذلك قواعد القانون الداخلي ،أو حينما يترتب عن تنفيذ قواعد القانون الداخلي انتهاك لقواعد القانون الدولي،كما قد تكون هناك من ألا سباب ما يدعو إلى تطيق القانون الداخلي إذا كان الاســتثمار يتعلق باستغلال الثروات الطبيعية للبلد المضيف. وتجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيات الدولية المنشئة لهيئات التحكيم تباينت في تحديد القواعد الأنسب الواجبة التطبيق لما للإرادة من سلطان بحيث اصـــبح لها سلطان يعلو عن سلطان مكان التحكيم ومكان توقيع العقد أو مكان تنفيذه وانه لا يرجع إليها إلا عند غياب قانون إرادة الطرفين.وهناك من يقول بتفضل تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص إذا تعلـــق الأمـــر بالمعاملات الاقتصادية والتجارية وكان أحد أطراف العلاقة دولة،لان إخراج هذه العلاقة من نطاق القانون الدولي الخاص فيه تهرب من قانون الدولة الطرف في العلاقة وهو ما حدث في قضية التراع الذي ثار بين الحكومة الليبية **وشركة**Texaco oversea حيث استبعد المحكم dupuy تطبـــيق قـــانون دولة مقر التحكيم بحجة تيسير التنفيذ المحتمل للحكم مستندا في ذلك إلى حصـــانة الدولة التي تقيد عدم خضوعها لقانون دولة أخرى بالرغم من وجود عقد استغلال بترول في ألا راضـــي الليبية قبل الثورة[1] وكقاعدة عامة فان للأطراف في المنازعة تعيين القانون الواجب التطبيق شـــريطة أن يـــراعوا في ذلك النظام العام لبلد مكان التحكيم أوفي بلد التنفيذ،حتى لا تبطله السلطة المختصـــة في الدولـــة التي صدر فيها،وان يحظى بالتنفيذ في الدولة الطرف في التراع المطلوب التنفيذ علـــيها،لذلك فان القواعد العامة في التحكيم تقتضي بان يختار أطراف التراع القانون الذي تكون له صـــلة بعناصـــر العقد،و قد اقر معهد القانون الدولي هذا المبدأ في دورته المنعقدة عام 1979 بأثينا حيـــث جـــاء (يجوز للأطراف أن يختاروا قانونا للعقد،أما القانون الداخلي أو عدة قوانين داخلية ،أو المـــبادئ المشتركة في هذه القوانين أو المبادئ العامة للقانون أو المبادئ المطبقة في العلاقات الاقتصادية الدولـــية أو القانون الدولي أو مزيج من هذه المصادر) وقد سارت على هذا المنوال نصوص اتفاقيات التحكيم الدولية،من ذلك مثلا ما ذهبت إليه اتفاقية عمان في إخضاعها التراع للعقد المبرم بين الطرفين وفي حالـــة عدم وجود قانون يتفق عليه الطرفان فان التراع يحسم حسبما تقرره الاتفاقية على أساس

---

[1] إبراهيم احمد إبراهيم:التحكيم الدولي الخاص.جامعة عين شمس ط1990 ص86 .

القـــانون الـــذي يتضمن عناصر اكثر ارتباط موضوع التزاع بينما عدت اتفاقية جنيف الأوروبية لعام 1961 لهيئة التحكيم مهمة اختيار القانون الواجب التطبيق عند غياب اتفاق الأطراف[1].

أمـــا اتفاقـــية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار فقد أخذت عند خلو اتفاق التحكيم من القواعد القانونية التي يقرها الأطراف المتنازعة بتطبيق قانون الدولة المتعاقدة الطرف في التزاع وقواعد القـــانون الدولي التي تكون لها علاقة بالموضوع،غير انه ومهما كانت طبيعة التزاع فلا يجوز للمحكمة أن ترفض الحكم فيه بحجة عدم وجود نصوص قانونية (المادة 1/42).

إن نجاح الاتفاقية كما يراه البعض مرهون بقدرة المركز الدولي لتسوية المنازعات في المحافظة على ثقة الدول الأعضاء عند لجوئها إليه وفي مدى قدرته على ابعد منازعات الاستثمار عن الطابع السياسي وجعلها نظاما إجرائيا عاديا كما لو كان الأمر يتعلق بتعاملات تجارية واقتصادية،عندها يمكن للمركز بـــان يكـــون الركـــيزة الأساسية لتطوير قواعد الاستثمار الدولي،لما للتحكيم من سلطة رادعة لان الأطراف الذين يتعاملون في إطار اتفاقية المركز يدركون حدود السلوك الدولي للاستثمار،الشيء الذي يسمح بإرساء إطار عام لتوحيد النظام القانوني للاستثمار الدولي[2] خاصة وأن الاتفاقية تقضي بإلزامية التحكـــيم بالنســـبة لأطرافه متى قبل الأطراف باللجوء إليه،ولا يقبل فيه الطعن بأي طريق غير الطرق المنصـــوص علـــيها في الاتفاقـــية كما جاء ذلك في نص المادة 53 بان "يكون الحكم ملزما بالنسبة لأطرافه،ولا يجوز أن يكون محلا لأية طريقة من طرق الطعن خلاف ما ورد في هذه الاتفاقية." [3]

و لم تكـــتف الاتفاقية بإضفاء الصفة الإلزامية للحكم بالنسبة للأطراف المتنازعة،إنما أوجبت على بـــاقي الدول الأعضاء في الاتفاقية الاعتراف بالصفة الإلزامية لحكم التحكيم وتلتزم بتنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم[4]. وقد يكون الهدف من اتفاقية المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار من

---

[1] عاطف إبراهيم محمد.ضمانات الاستثمار.المرجع السابق ص 292 .

[2] يحي الجمل و احمد عشوش بعض جوانب الضمانات الدولية المرجع السابق ص 297 .

[3] لقد طبق المركز الدولي لتسوية المنازعات قاعدة البطلان في التزاع الذي أثير بين المجموعة الألمانية و(كالوكز)ودولة الكاميرون في الـــتزاع الذي المتعلق بدفع ثمن مصنع الإسمنت بمقتضى القرار التحكيمي في 21/10/ 1983 .وكذا قرار التحكيم الصادر في 101983/21 في الـــتزاع القـــائم ما بين المجوعة الأمريكية و دولة إندونيسيا في 1984/20811 .عاطف إبراهيم محمد المرجع السابق ص323.

[4] تـــنص المادة 1/54 من اتفاقية المركز الدولي لتسوية نزاعات الاستثمار بأنه(يتعين على كل دولة متعاقدة أن تعترف بأي حكم يصدر في نطاق هذه الاتفاقية باعتباره حكما ملزما وتضمن داخل أراضيها تنفيذ الالتزامات المالية التي يفرضها الحكم)

خــلال الأحكــام التي أوردناها إعطاء ضمانات اكبر للمستثمرين الأجانب وجعلهم اكثر اطمئنانا لـــلحماية الإجرائية التي توفرها لهم اتفاقية المركز، مما يؤكد الطابع التحفيزي للاتفاقية على أنها ليست مجـــرد أداة لتســـوية الخلافات بل أداة ضمان ،لأن فعالية الأحكام القضائية و أحكام التحكيم تتحدد بمـــدى الالتزام بتنفيذها الشيء الذي جعل اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات تولي اهتماما كبيرا لهـــذا الموضوع ،بل هناك من النصوص ما يمكن اعتبارها فريدة من نوعها في موضوع أحكام التحكيم الـــدولي التي جاءت بها اتفاقية المركز خاصة ما تضمنته المادة 2/48 التي استوجبت بان يكون حكم التحكيم مسببا وان يرد على كل مسالة طرحت مما يضفي على قرارات التحكيم طابعا قضائيا محضا.

إن اشتراط الاتفاقية لموضوع تسبيب الحكم يعطي لأطراف النزاع ضمانات اكثر لأنه يجعل قرار التحكـــيم موضـــوعيا وقابلا للرقابة .بينما يبقى الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم صفة تتوخاها معظم الاتفاقيات،كما يظهرلنا ذلك في اتفاقية الرياض لتنفيذ الأحكام القضائية والتحكمية المبرمة في 6 أبريل 1983 من قبل الدول الأعضاء في جامعة الدول العربية التي تناولت موضوع الالتزام بتنفيذ أحكام التحكـــيم وقد أقرت وجوب الالتزام بتنفيذ الأحكام التحكيمية كأصل عام إلا انه يمكن الخروج على هـــذه القـــاعدة متى كان حكم التحكيم مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية أو النظام العام أو الآداب العامة أو إذا كان حكم المحكمين صادرا تنفيذا لشرط أو اتفاق تحكيم باطل أو كانت محكمة التحكيم غير مختصة بسبب التشكيلة أو لتجاوزها لصلاحياتها المحددة في الاتفاق التحكيمي أوفي شرط التحكيم لان تجاوز هيئة التحكيم لصلاحياتها يعنى تجاوزها لإرادة الأطراف.[1]

كمـــا أن الشـــروط الواردة في المادة 52 من اتفاقية المركز لا تختلف في مضمونها عن شروط الطعـــون في الأحكام القضائية العادية[1]،مادامت تجيز الطعن بالبطلان في قرار التحكيم متى أخلت هيئة التحكيم بالتشكيلة القانونية للمحكمة أو أخلت بمبدأ عدم التسبيب أو بمبدأ سبق الفص في الدعوى مما يؤكـــد الصفة القضائية لحكم التحكيم الدولي.كما ان المادة 1/4ز من ملحق تسوية المنازعات المرفق باتفاقية المؤسسة العربية للضمان نصت على تسبيب حكم التحكيم "تصدر قراراتها بأغلبية الأصوات متضـــمنة أســـباب كل قرار". بيد أن اشتراط عنصر التسبيب في حكم التحكيم يساعد على تفسير الحكم ويكون سندا عند مراجعته،أما إذا كان حكم التحكيم صحيح و لم تلتزم بعد ذلك الدولة بتنفيذ الحكـــم يكـــون للمتضرر الحق في اللجوء لدولته للمطالبة بحمايته دبلوماسيا ،ولو أن المادة 27 من اتفاقية المركز تحظر على الدول المتعاقدة تقديم حمايتها الدبلوماسية أو القضائية يكون أحد مواطنيها قد

اتفق مع دولة متعاقدة أخرى على اللجوء إلى التحكيم،لكن الحظر الوارد في النص المذكور لا يمكن أن يشمل موضوع عدم الالتزام بتنفيذ الحكم بعد صدوره لان المقصود من الحظر مباشرة دعوى الحماية الدبلوماسية،ولا تعتبر الاتصالات الدبلوماسية الرامية إلى تسهيل التوصل إلى حل التراع من قبيل الأعمال الدبلوماسية المشمولة بالحظر،مادام الغرض منها تقريب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة.

[3]ويبقى الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم الصادرة عن المركز خاضعا في تنفيذها للقوانين المحلية لكل دولة مما يعني أن الالتزام بتنفيذ أحكام التحكيم لا ينقص من سيادة الدول لا نه لا يعقل أن تكون الدول التي ألزمت نفسها طواعية بالعمل بالاتفاقية سوف تحاول التنصل من التزاماتها وقد أدى ذلك بالاتفاقية إلى إحداث تقدم هام في مجال الاعتراف بالأحكام الأجنبية وتنفيذها مما ساعد على تحقيق توازن بين مصالح المستثمرين الأجانب والدول المضيفة لهم.

---

[a]عبد الحميد الأحدب:قوانين التحكيم العربية في السنوات العشرين الأخيرة.(دراسة)المجلة اللبنانية للتحكيم الدولي.العدد الثالث عشر أبريل 1999 ص9.

[a] تنص المادة 233 من قانون الإجراءات المدنية الجزائري بان الطعن لا يبنى إلا على" انعدام أو قصور أو تناقض الأسباب"
انظر:يحي الجمل،احمد عشوش. بعض جوا نب الضمانات الدولية للاستثمار.المرجع السابق ص279

خلاصة البحث

من خلال دراستنا لموضوع هذا البحث تبين لنا،بأن الاستثمار الأجنبي اصبح يلعب دورا هاما وحساسا في اقتصاديات العديد من الدول النامية،لاسيما تلك التي ازداد اقتصادها تفتحا في الآونة الأخيرة على راس المال الأجنبي سواء من حيث اتساع الرقعة الجغرافية أو من حيث فوائده بالنسبة لمختلف أطرافه.

غير أن وضعية الاستثمار كعنصر أجنبي تتطلب تحديد العلاقة القانونية التي تربط بين المستثمر الأجنبي والدولة التي يتواجد بها،خاصة و أن مفهوم الاستثمار لا ينحصر في حدود نطاق الأموال النقدية،بل يشمل عناصر أخرى كالتكنولوجيا وأساليب الإنتاج، وبراءات الاختراع،وما إلى ذلك من العناصر المادية والمعنوية المكونة للمشروع الاستثماري وأي مساس بهذه العناصر يؤدي إلى إلحاق الضرر بمصالح المستثمر أو المستثمرين، الأمر الذي يقتضي الدخول في علاقة قانونية متشعبة،لان المستثمر الأجنبي عند إقباله على الاستثمار لا يقتصر دوره حيال اتخاذه لقرار الاستثمار على مجرد احتمالات الربح و الخسارة ،بل يأخذ بعين الاعتبار مدى الضمانات الممنوحة له ومدى تمتع الدولة المستقبلة بالاستقرار السياسي والتشريعي،لأن المناخ الاستثماري الملائم يلعب دورا مهما في التأثير على القرارات التي يتخذها المستثمر حتى وان كان الربح هدفه الأساسي إلا انه يبقى حريصا على تجنب الخسارة خاصة إذا كان مصدرها لا يعود الى مخاطر تجارية،مما جعله يفضل التوجه نحو اقتصاديات الدول المتقدمة لوجود استقرار سياسي واقتصادي و ثبات تشريعي رغم أن حاجة الدول النامية الى الاستثمار قد تكون اشد من حاجة الدول المتقدمة وربحها أكبر مما قد يحققه في الدول المتقدمة.

وقد أوضحنا في دراستنا لهذا الموضوع إن حماية الاستثمار الأجنبي ليست غاية في ذاتها بل وسيلة من وسائل تفعيل نشاط الاستثمار وتوجيهه نحو البلدان النامية بهدف المساهمة في تنمية قدراتها الإنتاجية،وهذا ما جعلنا نتناول بالدراسة مسالة الأهمية التي يكتسيها الاستثمار الأجنبي والمخاطر التي تعترض سبيله كفصل أول،وقد أبرزنا في هذا الفصل الجوانب الإيجابية والسلبية للاستثمار الأجنبي من خلال الصور والأشكال التي يتخذها وحاولنا أن نبين بان مزايا وعيوب الاستثمار الأجنبي لا ترجع في حقيقة الأمر إلى الاستثمار باعتباره مال أو ثروة بقدر ما تعود إلى الإطار التنظيمي لها.وأوضحنا في هذا الصدد بان الاستثمار الأجنبي يتخذ أحد الشكلين وهما شكل الاستثمار المباشر و الاستثمار غير المباشر،وفي ظل الاستثمار المباشر وجدنا بان هذا الشكل يتخذ صورة الاستثمار الأحادي أو الفردي

ويتجسد أساسا في نشاط الشركات المتعددة الجنسية واستثمار مباشر مختلط يتخذ شكل المشروعات الاقتصادية المشتركة،وفي كلا الشكلين يحتفظ الحائز لأكبر نصيب من راس المال بالأشراف والإدارة.

بينما يخضع الاستثمار غير المباشر الى سلطة الدولة ويتخذ شكل استثمارات الحافظة أو شكل استثمار السندات أو الأسهم ،ويعتقد البعض أن هذا النمط من الاستثمار يتميز باستجابة اكبر للاعتبارات السياسية فيما يتعلق بالاستثمارات العامة شان القروض التي تقدمها بعض الدول،وقد تستجيب للاعتبارات الاقتصادية أو التجارية وبصورة خاصة استثمارات القطاع الخاص.

وكيفما كان الاختلاف بين أسلوب الاستثمار المباشر وغير المباشر،فالهما لا يفيان باحتياجات الدول النامية،كما تؤكد ذلك مختلف التقارير الدولية التي استشهدنا بها فيما سبق وانه من الخطأ أن نقول بان الدول المضيفة توجد في مركز يسمح لها بالاختيار بين الاستثمار المباشر وغير المباشر مادامت احتياجاتها تفوق حجم الاستثمار المعروض عليها على الصعيد الدولي،خاصة وانهالا تملك بديلا عن ذلك لضعف مواردها المالية ومحدودية مصادر التمويل الوطنية،مما يبقيها مرتبطة بالاستثمار الأجنبي أيا كان نوعه.

إن تدهور الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية لمعظم الدول النامية نتيجة معاناة شعوب هذه الدول من السيطرة الأجنبية زاد من حدة التوتر السياسي وعدم الاستقرار بها، مما أدى إلى قيام أنظمة وطنية متشددة إزاء الاستثمار الأجنبي الى حد التطرف في مواقفها وفي القوانين التي تسنها في ميدان معاملة الاستثمار الأجنبي،مما زاد من انتشار ظاهرة المخاطر السياسية بعد موجة التحرر السياسي التي عرفتها الدول النامية في الخمسينات ومطلع الستينات وما صاحبها من إقرار دولي لمبدأ حق الشعوب في تقرير مصيرها السياسي و الاقتصادي،وقد أدى ذلك الى التصادم بين المصالح الأجنبية ومصالح الدول المضيفة و لم يعد النظام القانوني الدولي التقليدي قادرا على مواكبة الأوضاع الدولية الجديدة،وقد تولد عن ذلك ظهور مفاهيم قانونية جديدة لم يألفها النظام القانوني التقليدي الذي كان سائدا من قبل .

وللتقليل من حدة المخاطر التي أفرزتها التغيرات الدولية الجديدة ودفع عجلة الاستثمار الأجنبي نحو الدول النامية،سعت كل من الدول المستوردة والمصدرة للاستثمار الى توفير مناخ استثماري يكون اكثر ملاءمة من خلال وضع آليات تنظيمية وتشريعية تهدف الى تشجيع وحماية الاستثمار الأجنبي من بعض المخاطر السياسية التي يتعرض لها في الدول المضيفة له و المتمثلة أساسا في خطر الاعتداء على الملكية سواء كان ذلك بفعل عمل إرادي تأتيه الدولة المضيفة بحجة تحقيق مصالحها العليا أو كان

نتيجة فعل أو عمل غير إرادي يحدث داخل هذه الدول ،كالاضطرابات السياسية والثورات والحروب وقد استقر العمل الدولي على تصنيفها الى:

-مخاطر نزع الملكية والتأميم والمصادرة أو مخاطر الاستيلاء على الملكية.

-مخاطر عدم الاستقرار السياسي وتتمثل في الاضطرابات المدنية والحروب والثورات وفي عدم ثبات الأنظمة السياسية وتعاقب الحكومات بفعل الانقلابات العسكرية.

-مخاطر حرمان المستثمر الأجنبي من تحويل اصل استثماره والفوائد المستحقة.

وتعرف جميع هذه الصور من المخاطر،بالمخاطر السياسية ،تمييزا لها عن المخاطر التجارية لان حدوثها لا يتوقف على إرادة المستثمر إنما يتوقف على إرادة طرف ثاني،مما يجعله في منأى عن تحمل مسؤولية تلك المخاطر بخلاف المخاطر التجارية التي يتحمل مسؤولياتها بوصفه رجل أعمال.

لذا تعترف القوانين الوطنية والدولية بحق المستثمر الأجنبي في الحماية من المخاطر السياسية دون التجارية،ويستوي الأمر هنا بين الدول المضيفة والدول المصدرة لرؤوس الأموال، مثلما بينا ذلك من خلال موضوع الحماية التي توفرها الدول المضيفة للاستثمار الأجنبي وكذا الحماية التي توفرها الدول المصدرة من خلال تشريعات الاستثمار وبعض الآليات الوطنية الأخرى .

إن الحماية القانونية التي توفرها الدول المضيفة تتخذ صورا وأشكالا مختلفة منها التصريحات السياسية المعبر عنها من قبل كبار المسؤولين في الدول المضيفة ،الأحكام القانونية الواردة في بعض النصوص التشريعية العامة وفي مقدمة ذلك الدساتير،حيث يتم النص فيها على المبادئ العامة المتعلقة بتنظيم ومعاملة الاستثمار.

إن هذه الوسائل تعبر في حقيقة الأمر عن رغبة مصدريها في الاستثمار الأجنبي رغم المآخذ والانتقادات الموجه لهذه الأدوات فهي لا تتضمن تحديدا واضحا للقواعد التي تنظيم دخول الاستثمار الأجنبي كنشاط إنتاجي وكعلاقة قانونية مما جعلها تتصف بالغموض وبالتناقض وقد ذهب البعض الى تجريدها من كل قيمة قانونية،كما أنها تخضع للاعتبارات السياسية الظرفية مما يضفي عليها طابعا سياسيا محضا يجعل المستثمر الأجنبي لا يطمئن إليها،لذا تلجأ الدول المضيفة في تأكيد رغبتها في الاستثمار الأجنبي بسنها لتشريعات خاصة تعرف بتشريعات الاستثمار رغبة منها في طمأنة لمستثمرين الأجانب وفي توفيرها لمناخ استثماري يكون اكثر فعالية لان المستثمر الأجنبي يدرك مسبقا حقوقه والتزاماته لان النصوص التشريعية الخاصة بالاستثمار تتميز عن باقي الأدوات الأخرى بالدقة

والشمولية لاحتوائها على مجمل الأحكام التنظيمية والتحفيزية للاستثمار الأجنبي من يـوم دخـول الأموال المستثمرة الى غاية خروجها.

ومع ذلك فأن الحماية التي توفرها النصوص التشريعية الخاصة تبقى محدودة الفعالية مادامت صـادرة عن نفس مصدر الخطر،لان في ذلك مصادرة على المطلوب،كما أن النصوص التشريعية الصادرة عـن الدولة المضيفة عرضة للتغيير والتعديل حتى وان تضمنت النص على ثباتها كما جاء ذلك في قـانون تطوير الاستثمار الصادر عام2001 ،أضف الى ذلك أن مخالفة أحكام النصوص التشريعية الداخلية مـن طرف الدولة التي تصدرها لا يثير مسؤولياتها الدولية حتى ولو كان الضر الذي أصـاب المستثمر الأجنبي كان نتيجة اتخاذ الدولة المضيفة لأي إجراء من الإجراءات التعديل أو الإلغاء لبعض نصوصـه التشريعية وأدى ذلك الى الماسة بالملكية أو لأي سبب أخر مالم يكن الأجراء مصحوبا بخرق لتعهدات دولية لان تشريعات الاستثمار تعتبر تصرفات داخلية يقرها القانون الدولي،رغم وجود بعض المواقـف الفقهية التي تسلم بوجود إمكانية إثارة المسؤولية الدولية من خلال اسـتنادهم الى بعـض المبـادئ القانونية التي يعتبروها سندا قانونيا للمسؤولية الدولية للدولة المضيفة في حالة تغييرها لتشريعاتها وهـذه المبادئ هي:

- مبدأ الثبات واستقرار النظام القانوني.
- مبدأ الحقوق المكتسبة
- مبدأ عدم التعارض في المواقف وتنفيذ الالتزامات بحسن النية .

وقد أوضحنا من خلال تناولنا لهذا الموضوع بان المبادئ المذكورة وغرها ما تزال محل خلاف فقـهي كبير،وان الرأي الراجح بشأنها لا يعترف بالمسؤولية الدولية بخصوص إلغاء وتعديل النصوص التشريعية لان قوانين الاستثمار لا تنشئ مراكز قانونية بحكم طابعها التنظيمي الذي يخضع له جميع الأشـخاص ممن وجدوا في وضع مماثل ، كما أن الالتزامات المترتبة عن تعديل وإلغاء التشريعات الداخلية لا تمثـل التزامات قائما فيما بين الدول لأنها لا تخاطب أشخاص القانون الدولي إنما تخاطب أشخاص القـانون الخاص وقد استقر القضاء الدولي على استبعاد هذه العلاقة من نطاق القانون الدولي.

ونظرا لتباين المواقف بشان طبيعة الحماية التي توفرها النصوص التشريعية للدولة المضيفة،فقد بـات من الضروري البحث عن حماية تكون خارج إطار الدول المضيفة، الأمر الذي دفع بالدول المصـدرة لرؤوس الأموال الى البحث عن آليات لحماية استثمارات رعاياها المقيمين بالخارج وتكـون اكـثر

فعالية،وقد وجدت هذه الدول في نظام الحماية الدبلوماسية ونظام الضمان الوطني إحدى هذه الآليات رغم مزاياها وعيوبها.

إن التطبيق الدولي في مجال حماية الرعايا الأجانب وممتلكاتهم في الخارج من خلال نظام الحماية الدبلوماسية أثبت عدم قدر هذه الوسيلة على مواكبة حجم التعاملات الدولية في مجال الاستثمار الأجنبي وعدم فعاليتها لارتباطها وخضوعها للاعتبارات السياسية،مما جعل المستثمر لا يطمئن إليها كثيرا لان حق الحماية مخول للدولة وليس للأفراد،إلى جانب ذلك أن ممارسة هذا الحق يتوقف على شروط كثيرة من بينها الجنسية كرابطة قانونية بين الشخص المتضرر وبين والدولة التي ينتمي إليها ذلك الشخص،وان التباين في المعايير المتبعة في تحديد جنسية الأشخاص الاعتبارية من شانه أن يؤدي في كثير من الأحيان إلى تجريد الشخص المتضرر من الحماية،إما لعدم وجود مصلحة مباشرة في حمايته و إما لوجود تضارب في المعايير المتبعة في تحديد جنسيته.

كما أن اللجوء إلى استعمال حق الحماية الدبلوماسية يقتضي من المتضرر استنفاذ وسائل التقاضي الوطنية وهذا الشرط قد يعتبره المستثمر عائق لعدم اطمئنانه للقضاء الوطني ومع ذلك لا يمكنه تخطيه لان قواعد القانون الدولي التقليدي تقر شرط استنفاذ وسائل التقاضي الداخلية وكذا القضاء الدولي،بل وهناك من يقضي بإسقاط حق الحماية الدبلوماسية على المستثمر الأجنبي في حالة تنازله عن المطالبة من خلال شرط كالفو.

غير أن الرأي الراجح في الفقه بشان ما يعرف بتسمية شرط كالفو يذهب الى التمييز بين التنازل عن حقوق عقدية تتعلق بتنفيذ التزامات فيما بين الطرفين وبين ما إذا كان موضوع الحماية يتعلق بخرق التزام دولي أو يتعلق بانتهاك ومخالفة قواعد القانون الدولي،وفي هذه الحالة يكون الاعتداء قد وقع على شخص الدولة ولا يمكن إصلاح الضرر إلا من خلال إثارة المسؤولية الدولية،و عندها يكون التنازل عن حق الحماية الدبلوماسية من صلاحية الدولة التي ينتمي إليها المتضرر وليس من صلاحية الشخص المتضرر ولا يجوز له أن يتنازل عن ذلك،ونتيجة للمصاعب التي يثيرها هذا الأسلوب فان الدول المصدرة لرؤوس الأموال لجأت إلى تبني نظام الضمان الوطني كوسيلة من وسائل حماية استثمارات رعاياها بالخارج من المخاطر السياسية،رغم أن فكرة ضمان الدول لأموال رعاياها المكلفين بعمليات استثمار في الخارج ليست مسالة جديدة بل تعود إلى القرن التاسع عشر ،ومع ذلك يبقى نظام الضمان الوطني من الآليات المستحدثة والمرتبطة في ظهورها بفكرة المخاطر السياسية التي تعترض الاستثمارات الأجنبية ويعتبر نظم الضمان الوطني في الولايات المتحدة الأمريكية أول نظام وجد

لحماية الاستثمارات في الخارج،ثم تلته بعد ذلك أنظمة وطنية للضمان لمجموعة كبيرة من الدول،رغم التباين الملاحظ على أهداف هذه الأنظمة،إلا أنها تشترك جميعها في تغطية أهم المخاطر السياسية وفي إخضاع أنظمة الضمان الوطنية إلى إشراف السلطات العامة وتكفل الدول بتغطية الخسارة التي تلحق المستثمر المتضرر،رغم تباين أهدافها واختلافها بحسب الغاية المتوخاة من إنشائها. وقد أثار نظام الضمان الأمريكي عند نشأته عدة تساؤلات حول الأبعاد الحقيقية له ولو أن ظاهر هذا النظام يوحي إلى فكرة تشجيع تدفق الاستثمار إلى الدول المضيفة،لكن حقيقة أمر هذا النظام قد تتعدى حدود الأهداف المعلن عنها،خاصة وان العمل به يفرض على الدول المضيفة الدخول في اتفاقيات مع الولايات المتحدة الأمريكية وهذه النتيجة في ذاتها تمثل تدويلا قانونيا لنظام الضمان الممنوح للمستثمر الأجنبي، مما يدفع بالدول المضيفة الى التحفظ بشان هذه الأداة مما قد يؤدي إلى التقليل من فعاليتها.

إن نظام الضمان الوطني قد شهد تطورا كبيرا حيث تبنته معظم الدول المصدرة لرؤوس الأموال الشيء الذي يؤكد بان الهدف من هذا النظام يتعدى حدود مصالح الدول المضيفة، ومع ذلك تبقى أهمية هذه الأداة كوسيلة من وسائل حماية الاستثمارات الأجنبية،محدودة الفعالية لأنها لا تشمل جميع الدول المصدرة لرؤوس الأموال مما يجعل حمايتها تمتد لمستثمرين دون آخرين،كما أن تباين أهداف نظام الضمان الوطني فيما بين الدول المصدرة يؤدي إلى إرساء قواعد متباينة تعكس تباين المصالح في حين أن الغاية من آليات الضمان خلق مناخ استثماري منسجم من خلال وضع قواعد قانونية ومالية موحدة تقوم على مبدأ عدم التمييز بين المستثمرين.

أما وان يتم العمل على أساس التباين وعدم التجانس ،فان ذلك سيزيد من حدة التباين في المواقف بشان معاملة الاستثمار الأجنبي ومن اجل تقريب مواقف الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال، وحفاظا على مصالح المستثمرين،ومصالح الدول المضيف ومن اجل خلق مناخ استثماري منسجم ومتجانس،لجأت كل من الدول المستوردة والمصدرة لرؤوس الأموال إلى وضع آليات دولية مشتركة لتشجيع وحماية الاستثمارات الأجنبية من خلال نظام الحماية الاتفاقية الثنائية منها والمتعددة الأطراف ونظام الضمان الدولي ،وقد تناولنا هذا الموضوع في الباب الثاني من هذا البحث تحت عنوان الوسائل الدولية لحماية وضمان الاستثمارات الأجنبية،وقد أبرزنا فيه على الخصوص الأشكال القانونية التي اتبعتها مختلف الدول في تجسيدها لفكرة الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية،رغم التحفظ الذي تبديه بعض الدول النامية والدول الاشتراكية-سابقا- بشان موضوع الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي لأنها لا ترى وجود أي مبرر لتدويل النشاطات الخاصة، مما يبقى الرغبة في الحماية الدولية

المتعددة الأطراف لدى هذه الدول محدودة،قياسا بالاتفاقيات الثنائية لان هذه الأخيرة تتجسد فيها ذاتية الدول المتعاقدة،كوحدات قانونية وسياسية متميزة عن بعضها البعض لان الالتزامات الواردة فيها لا تتعدى حدود الاتفاق المبرم بين الطرفين بحكم الطابع التعاقدي لهذه الاتفاقيات ،لا ن أحكام الاتفاقيات الثنائية لا تمثل أحكاما تنظيمية بقدر ما تمثل التزامات عقدية فيما بين الأطراف المتعاقدة؛مما يجعل هذا النوع من الاتفاقيات يمثل تعبيرا صادقا عن مبدأ سلطان الإرادة،فلا تجبر الدولة المتعاقدة على شيء لم تلتزم به و لم ترتضيه،خلافا للاتفاقيات العامة المتعددة الأطراف، التي من شانها أن تخلق وضعا قانونيا وتنظيميا موحدا يلزم جميع الدول،حتى وان لم ترتض ببعض الأحكام الواردة في الاتفاقية،الأمر الذي حال دون التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية عامة تتعلق بوضع قواعد دولية موحدة لتنظيم الاستثمار،رغم أن ما حققه المجتمع الدولي من تنظيم جماعي في مجال حماية وتشجيع الاستثمارات الأجنبية يعتبر خطوة هامة نحو توحيد الاحكام القانونية المشتركة في مجال تنظيم وحماية الاستثمار كالأحكام الواردة في اتفاقيتي المركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار واتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار الأجنبي ،وكذا مارد في بعض الاتفاقيات الإقليمية المتعلقة بتنظيم الاستثمارات مثلما هو الشان في الاتفاقية العربية لتشجيع وحماية رؤوس الأموال العربية والاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية للضمان واتفاقية دول مجلس التعاون الأفريقي ويعد كل ذلك انتصارا للاتجاه الذي يدعو إلى إيجاد تنظيم دولي متعدد الأطراف الفكرة التي راودت المجتمع الدولي منذ عهد عصبة الأمم في مطلع الثلاثينيات والتي تمحور موضوعها آنذاك حول إنشاء ميثاق متعدد الأطراف لحماية الاستثمارات الأجنبية الخاصة،أو إبرام معاهدة دولية متعددة الأطراف، وبالرغم من فشل المحاولة إلا أن الفكرة لم تفشل حيث أعيد طرحها من جديد واستمرت الى أن تحققت ولو جزئيا من خلال اتفاقيتي المركز الدولي لتسوية المنازعات والوكالة الدولية للضمان كما ذكرنا ذلك فيما سبق ،ومع ذلك تبقى الفكرة الأساسية المتمثلة في إبرام اتفاقية دولية خاصة بتنظيم الاستثمارات الأجنبية صعبة التحقيق لتباين مواقف الدول بشان القواعد التي تحكم تنظيم الاستثمار كعنصر أجنبي وقد ارتكز الاهتمام في بداية الأمر حول اقتراحين أحدهما،يقضي بإبرام معاهدة دولية متعددة الأطراف،والآخر يدعو إلى إنشاء ميثاق دولي،غير إن فكرة لم تلق لحد الساعة تأييدا و إجماعا كليا من طرف أعضاء المجموعة الدولية وخاصة من طرف الدول الاشتراكية وبعض الدول النامية، مما حاد دون التوصل إلى إبرام اتفاقية دولية تتعلق بتنظيم الاستثمارات الأجنبية دوليا ،خلافا لذلك تحققت هذه الرغبة على مستوى بعض التكتلات الإقليمية كما بينا ذلك في المطلب الثاني من المبحث الثالث بعنوان الحماية الدولية المتعددة الأطراف للاستثمار الأجنبي.

بيد أن فشل المجموعة الدولية في إرساء قواعد موضوعية مشتركة في مجال تنظيم الاستثمارات الأجنبية لم يمنع من إيجاد تنظيم إجرائي دولي متعدد الأطراف،يتولى الفصل في منازعات الاستثمار فيما بين الدول ورعايا الدول الأخرى،الشيء الذي يمكن اعتبار خطوة هامة في مجال تهيئة الإطار التنظيمي الكفيل بخلق وإرساء القواعد الموضوعية التي يمكن استنباطها من خلال العمل الدولي وأحكام التحكيم بغض النظر عن مكان تواجدها،كما أن توصل البنك الدولي إلى إبرام اتفاقية جماعية بشأن إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات الأجنبية يعتبر تطورا هاما نحو التنظيم الدولي المتعدد الأطراف،مما يتيح فرصة تقريب وجهات النظر بين الدول المستوردة والدول المصدرة لراس المال سواء من حيث القواعد الموضوعية التي تنظم الاستثمار وتحميه من المخاطر المؤمن ضدها او من حيث آليات التعويض المطبقة على المستثمرين المؤمنين لدى الوكالة الدولية للضمان

إن وسائل الحماية الدولية المتاحة على الصعيدين الإقليمي والدولي،وان كانت متباينة في بعض جوانبها بحكم خصوصيات مواضيعها وأطرافها،إلا أن هدفها واحد يتمثل في تشجيع انتقال رؤوس الأموال الأجنبية من الدول الغنية إلى الدول الفقيرة التي تتميز بندرة راس المال النقدي.

إن خلق مناخ استثماري متعدد الأطراف يقوم على وحدة النظام القانوني الذي تلتزم به كافة الدول يسمح بحماية الاستثمارات الأجنبية من المخاطر السياسية يمثل أحد الهداف المتوخاة من نظام الحماية المتعدد الأطراف ،بخلاف الالتزامات الواردة في الاتفاقيات الثنائية التي لا تعدو أن تكون مجرد التزام عقديا يستند إلى قواعد قانونية متباينة قد لا يكون مصدرها الاتفاقية،بل يسند الى مصادر أخرى كما هو الحال في أسلوبي المعاملة غير المشروطة القائم على قاعدة المعاملة العادلة والمنصفة وقاعدة الحد الأدنى من المعاملة الدولية وقاعدة تنفيذ الالتزامات العقدية بحسن نية،وفي أسلوب المعاملة المشروطة كإحالة الاتفاقية أطرافها في تنفيذ التزاماتهما على ما تقرره التشريعات الداخلية للدول الأطراف المتعاقدة، تجسد لقاعدة المعاملة الوطنية،أو في حالة الإسناد إلى قاعدة شرط الدولة الأولى بالرعاية.

ونظرا لمحدودية الآثار التنظيمية للاتفاقيات الثنائية واقتصارها على طرفي الاتفاقية وتباين الالتزامات فيها من حالة إلى أخرى،فقد بات من الطبيعي أن تبحث الدول عن أداة تكون اكثر شمولية وفعالية وقد يزداد الأمر تعقيدا إذا ما اتخذ راس المال المستثمر شكل الاستثمار المباشر،عندها يتحول راس المال إلى عناصر إنتاج مما يجعله اكثر عرضة إلى المخاطر، قد لا تتمكن أدوات الحماية الوطنية والثنائية من تغطيته، مما يستوجب اللجوء إلى الحماية الدولية المتعددة الأطراف بشقيها الموضوعي والإجرائي باعتبارها وسائل تكفل حماية الاستثمار الأجنبي من بعض الإجراءات الحكومية الانفرادية الناجمة عن

الدولة المضيفة او إحدى هيئاتها العامة التابعة لها وتعتبر اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمارات،الإطار الدولي العام للقواعد الموضوعية لكونها الاتفاقية الوحيدة المتعددة الأطراف التي صودق عليها من قبل الدول المتقدمة والدول النامية والتي تهتم بموضوع ضمان الاستثمارات وبمعالجة الأثر المترتبة عن الأضرار التي تصيب المستثمرين بعد وقوع الخطر،وقد جاءت لحل مخاوف مستثمري بعض الدول المصدرة لرؤوس الأموال التي لا تمتلك أنظمة وطنية للضمان،كما يمكن اعتبارها إطارا تنظيميا عاما للاستثمارات الأجنبية على المستوى الدولي لما تتضمنه من قواعد شاملة تلتزم بمقتضاها كافة الدول الأعضاء.

و على المستوى الإقليمي فان اتفاقية المؤسسة العربية للضمان تمثل إطارا تأمينيا للاستثمارات العربية لافتقار الدول العربية لأنظمة ضمان وطنية رغم ما يطلق على بعضها من وصف الدول المصدرة لرؤوس الأموال إلا أنها لا تمتلك آليات وطنية تتولى ضمان استثمارات رعاياها بالخارج .

وقد أشرنا فيما سبق الى اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات فيما بين الدول ورعايا الدول المتعاقدة الأخرى كإطار دولي متعدد الأطراف للحماية الإجرائية لاتصالها بإجراءات التسوية وفض النزاع الذي يقوم بين مستثمر ودولة من الدول الطرف في الاتفاقية بعد تعرض المستثمر لأي خطر من الأخطار المشمولة بالضمان وخلصنا الى القول بان هذه الاتفاقية تمثل تطورا كبيرا في مواقف بعض الدول التي كانت ترفض فكرة الحكيم الدولي من أساسه كإجراء قضائي في مجال الحماية الدولية للاستثمارات الأجنبية،نتيجة للتحفظات التي كانت تبديها دول أمريكا اللاتينية والدول الاشتراكية،وبعد مرور أزيد من ثلاثين سنة على إبرام اتفاقية المركز الدولي لتسوية المنازعات ومباشرته أعماله تلاشت المخاوف التي كانت تبديها الدول المذكورة،وانضمامها الى المركز يؤكد على أهمية التحكيم الدولي كوسيلة لفض منازعات الاستثمار،ومن خلال تناولنا لهذا الموضوع ابرزنا اهم الأسس التي جاءت بها اتفاقية وتتمثل على الخصوص في:

- مبدأ الاختصاص الرضائي للتحكيم.

-أن يكون النزاع بين دولة عضو ومستثمر دولة أخرى .

-أن يكون النزاع قانونيا ويتعلق موضوعه باستثمار معين .

-أن يكون الحكم الصادر عن المحكمين إلزاميا ولا يجوز الطعن فيه بالبطلان ألا إذا كان الحكم مخالفا للقواعد الإجرائية أو لم يكن مسببا.

والجدير بالملاحظة أن الشرط الأخير لا يختلف في مضمونه عن الأوجه المتعلقة بالطعون القضائية العادية.

الاستنتاجات : من خلال دراستنا لموضوع الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي يتضح ما يلي:

-أن موضوع الحماية لا يتصل بفئة معينة من الدول،بل يشمل الدول المصدرة والمستوردة لرؤوس الأموال.

-أن الحماية الوطنية للاستثمار الأجنبي متباينة في أهدافها وفي حجم نطاق المزايا والضمانات الممنوحة للمستثمرين من دولة الى أخرى، بل وحتى في نطاق الدولة الواحدة،مما جعلها خاضعة للاعتبارات السياسية الظرفية وتغير النصوص التشريعية.

-الاختلاف في الآليات المتبعة في أسلوب الحماية الوطنية المتبع من قبل الدول المصدرة والمستوردة للاستثمار رغم وحدة الهدف المعلن عنه والمتمثل في تشجيع تنقل الاستثمار الى الدول النامية.

-التشابه الكبير في الأحكام التنظيمية لتقنينات الاستثمار لدى غالبة الدول النامية ولا يتعدى الأمر فيها حدود الاختلاف في نطاق المزايا والضمانات الممنوحة.

-الإحالة بين القواعد الموضوعية الداخلية والقواعد الموضوعية الدولية،مما يوحي بتدويل النظام القانوني للاستثمار الأجنبي و إخراجه من دائرة التعامل الوطني الى دائرة التعامل الدولي وهذه الصفة تجعل الاستثمارات الأجنبية اقرب الموضوعات للعولمة.

-أن الضمان الحقيقي للاستثمار الأجنبي لا يكمن في تزايد وتنوع أدوات الحماية الدولية بل فيما يمكن أن يقدمه الاستثمار من مساهمة حقيقية لاقتصاديات الدول المضيفة ،لان هذه الأخيرة حينما تشعر بالدور الفعال للاستثمار الأجنبي وتطمئن إليه يزداد تمسكها به، عندها فقط يتخطى الاستثمار الأجنبي حدود المخاطر السياسية ،أما وان تبقى الاستثمارات الأجنبية تعمل خارج الأهداف الاقتصادية والاجتماعية للدول المضيفة متجاهلة واقع هذه الدول،فان وسائل الحماية الدولية والوطنية لن تجدي نفعا مهما كان مصدرها ومهما كانت طبيعتها القانونية وصفتها الإلزامية ويكون من الأجدر على الدول المصدرة لرؤوس الأموال أن تبحث في الدور الذي تقوم به استثمارات رعاياها وشركاتها آخذة في الاعتبار مصالح الدول المتخلفة كشريك اقتصادي لان الاستقرار يبنى على التوافق في المصالح وليس على فرض الشروط والقيود القانونية لأي طرف على الطرف الآخر.

المراجع العربية

الرسائـــل:

1. رفيق عطية الكسار. الحماية الدبلوماسية لرعايا الدولة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة. ط 98. .
2. هشام محمد أحمد خالد. عقد ضمان الاستثمار، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية. عام 1986.
3. معاشو عمار.الضمانات في العقود الاقتصادية الدولية في التجربة الجزائرية.رســـالة دكتـــوراه في القانون الدولي والعلاقات الدولية.كلية الحقوق.جامعة الجزائر1989.
4. علي حسين ملحم .دور المعاهدات الدولية في حماية الاستثمارات الأجنبية الخاصـــة في الـــدول النامية، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، كلية الحقوق .
5. احمد عبد الحميد عشوش.النظام القانوني للاتفاقيات البترولية.رسالة دكتوراه.جامعة القاهرة
6. محمد خالد عبد القادر الترجمان.النظام القانوني للقروض الدولية للتنمية، ، رسالة دكتوراه جامعـة عين شمس 1988.
7. محمد ذيب: مركز الفرد في القانون الدولي، ص 131 رسالة ماجستير. معهد الحقوق .ج.الجزائر)
8. العمراني شفيعة.إثبات الجنسية.بحث ماجستير.كلية الحقوق .جامعة الجزائر.

المراجع العامة والمتخصصة:

1. عبد الواحد محمد الفار.طبيعة القاعدة الدولية الاقتصادية في ظل النظام الدولي القائـــــم
2. دار النهضة العربية ط 1985
3. براجينا ،و آخرون. مشكلات التصنيع في البلدان النامية. ترجمـــة دار التقدم موسكو.ط1974.
4. علي لطفي. التنمية الاقتصادية.مكتبة عين شمس .ط 1977.
5. الإنسان و البيئة، كتاب صادر عن المنظمة العربية للتربية و الثقافة و العلوم بالتعاون مع برنـــامج الأمم المتحدة لشؤون البيئة1978
6. جورج الراسي الاشتراكية والشركات متعددة الجنسيات. دار النفط والتنمية.ط1977
7. بول يران، أين لاكوست، الاقتصاد السياسي المتخلف، دار الطليعة، بيروت.
8. عزت عبد الحميد البرعي، مبادئ العلاقات الاقتصادية الدولية، ط 1996، مؤسسة الولاء للطبع و النشر..

9. عصام الدين بسيم. النظام القانوني للاستثمارات الأجنبية الخاصة في الدول الآخذة في النمـــو دار النهضة العربية،القاهرة.
10. صفوت عبد السلام عوض الله، العلاقات الاقتصادية الدولية، دار الثقافة الجامعية. ط 1999.
11. إسماعيل صبري عبد الله، نحو نظام اقتصادي عالمي جديد،
12. لـــيبرسون،ماذا يجري في العالم الغني والعالم الفقير،ترجمة إبراهيم نافع،دار المعارف المصرية.ط 71.
13. مالك بن نبي، المسلم في عالم الاقتصاد–دار الشروق
14. عبد الحميد الغزالي مقدمة في الاقتصاديات الكلية دار النهظة العربية القاهرة ط 1985.
15. عبد الله عبد المجيد المالكي. استراتيجية تشجيع الاستثمارات الأجنبية في الأردن.ط 1974
16. سعيد النجار تاريخ الفكر اقتصادي. دار النهضة العربية بيروت ظ 1973
17. مجدي محمود شهاب، الاتجاهات الدولية لمواجهة أزمة الديون الخارجيـــة.ط 1998.دار الجامعـــة الجديدة للنشر الإسكندرية.
18. عبد العزيز فهمي هيكل، مقدمة في التأمين، دار النهضة العربية بيروت. ط 1980 .
19. السيد عبد المولى، أصول الاقتصاد، دار الفكر الاقتصادي العربي. ط 1977،.
20. مني محمود مصطفى، الحماية الدولية للاستثمار الأجنبي المباشر و دور التحكيم في تسوية منازعات الاستثمار، دار النهضة العربية، القاهرة. ط1990 .
21. هشام خالد،الحمايةالقانونية للاستثمارات العربية،مؤسســـــة شباب الجامعة الإسكندرية ط1988
22. إسماعيل العربي. العلاقات الدولية، الناشر المؤسسة الوطنية للكتاب الجزائر، ط 1990.
23. سليمان رشيد سليمان، العلم و التكنولوجيا و التنمية الاقتصادية، دار الطليعة، بيروت، ط 1986.
24. فؤاد مرسي.هذا الانفتاح الاقتصادي.دار الثقافة الجديدة.القاهرة. ط. 1976.
25. عبد السلام أبو متحف. السياسات والأشكال المختلفة للاستثمارات الأجنبية.مؤسســـة شـــباب الجامعة.الإسكندرية ط1989.
26. حكمت شريف النشاشيبي . استثمار الأرصدة وتطور الأسواق المالية العربية .
27. جيل برتان. الاستثمار الدولي ترجمة علي زعرور مقلف. مكتبة الفكر الجامعي بيروت ط 1970.
28. عبد الواحد محمد الفار .أحكام التعاون الدولي.الناشر عالم الكتب.القاهرة
29. بير رينوفان و جان باتيست دوروزيل مدخـــــل إلى تاريخ العلاقـــات الدولية .ترجمـــــــة فايز كم نقش . مكتبة الفكـــــر الجامعي بيـــــروت، طبعـــة عام 1967 .

30. محمد بلقاسم حسن بهلول، الاستثمار وإشكالية التوازن الجهوي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط 1990.
31. حسام عيسى(الشركات المتعددة القوميات) المؤسسة العربية للدراسات والنشر بيروت.
32. هشام علي صادق الحماية الدولية للمال الأجنبي دار الجامعة للطباعة و النشر بيروت.
33. سامي عفيفي حاتم.التامين الدولي .الدار المصرية اللبنانية ط1986.
34. عبد القادر القادري. القانون الدولي العام، مكتبة المعارف .ط 1984.
35. هشام علي صادق. دراسة حول النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية، منشورات المؤسسة العربية للضمان الكويت .
36. محمد طلعت الغنيمي. بعض الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي العام.ط 1974
37. بن عامرتونسي.أساس المسؤولية الدوليةفي ضوء القانون الدولي المعاصر،منشورات دحلب ط1995
38. أحمد أبو الوفاء محمد. الوسيط في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية ط 1996
39. عبد الحكيم مصطفى عبد الرحمان.عقود التنمية الاقتصادية في القانون الدولي الخاص.مكتبة النصر.جامعة القاهرة ط 1991
40. محمد طلعت الغنيمي . الوسيط في قانون السلام. منشاة المعارف بالإسكندرية .ط1982
41. إبراهيم شحاتة. المؤسسة العربية لضمان الاستثمار ودورها في توجيه حركة الاستثمارات العربية الصندوق الكويتي لتنمية الاقتصادية.ط1974 الكويت.
42. محند أسعد، القانون الدولي الخاص،ج2،ترجمة فائز انجاق، ديوان المطبوعات الجامعية،.
43. شمس الدين الوكيل،الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية.
44. جابر إبراهيم الراوي. المنازعات الدولية، جامعة بغداد. ط 1978.
45. نوري مرزة.المنازعات الإقليميةفي ضوء القانون الدولي المعاصر.ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر.
46. محمد سلطان بوعلي ، مبادئ الاقتصاد دار النهضة العربية القاهرة ط 1979
47. جيرهارد فان غيلان، تعريب،عباس العمر،القانون بين الأمم. (ج1-3)دار الآفاق الجديدة بيروت.
48. سامية راشد. التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة،منشاة المعارف. ألا سكندرية.
49. إبراهيم محمد العناني. اللجوء الى التحكيم الدولي.دار الفكر العربي.ط1973 .
50. صلاح الدين عامر المشروع الدولي العام.دار الفكر العربي.مطبعة جامعة القاهرة 1978
51. إبراهيم محمد العناني.دراسات في القانون الدولي الاقتصادي الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. ط 1990

52. إبراهيم شحاتة.الإصلاح الشامل.دار سعاد الصباح للنشر ط1992
53. محمد السيد سعيد.الشركات متعددة الجنسية أثارها الاقتصادية والاجتماعية والسياسـية.الهيئـ المصرية العامة للكتاب.ط 1978 .

مقالات وأبحاث

1. عبد السلام جعفر. الإطار القانوني الدولي للتنمية الاقتصادية، مقال منشور في مجلة مصـر المعاصرة.العدد 369 سنة 1977 القاهـرة .
2. محبوب الحق .مقال(تجاه هيكل جديد لانتقال الموارد الدولية) مجلة التمويل والتنميـة .ملحـ الأهرام الاقتصادي. سنة1975 .
3. اسهان كابور.مقال (المصادر المتاحة للعملات الأوروبية أمام الـدول الناميـة) مجلـة التمويـ والتنمية.ملحق الأهرام الاقتصادي.العدد10 أكتوبر 1977.
4. سهيل عامر، دور الاستثمار الأجنبي في دعم الاقتصـاد الإسـرائيلي ، مقـال. مجلـة صـام الاقتصادي. ع2 سبتمبر1980.
5. رمزي زكي (نحو فهم أفضل للسياسات التصحيحية لصندوق النقد الدولي)، مقـال في مجلـ دراسات عربية ع/7و8 لشهري ماي. جوان 1989، دار الطباعة بيروت.
6. عمر الزاهي،التحكيم دراسة قدمت للملتقى المنعقد بالجزائر في الفترة الممتدة بين 1و3 ديسمبر 1993
7. أبو النجار ، الدول المتقدمة والدول النامية مقال. مجلة العربي .العدد 154 عام 1971 الكويت
8. عارف دليلة. أزمة التنمية والفكر التنموي الجديد. مقال: منشور في مجلة دراسات عربية،العـد الخامس مارس 1980 بيروت
9. جلال احمد أمين.مقال، هل تغيرت طبيعة العلاقـات الاقتصادية بين البلدان المتقدمـة والبلـدا المتخلفة.مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد 2. يـوليو1973 جامعة عين شمس.
10. مذكرة الجزائر المقدمة للدورة الطارئة للجمعية العامة للأمم المتحدة (المواد الأساسية والبترول).
11. عارف دليلة، القمة الصناعية الغربية من أجل ماذا؟ و ضد من، مجلة العـربي، ع 288، شـهر نوفمبر 1982 الكويت.
12. حسن شرفو. (ديون الدول الناميـة) مقال مجلة دراسات عربية. العدد 6أبريل 1985.
13. روبيرت هيلر،الاحتياطات الدولية والنقود والتضخم العالمي مجلة التنمية والتمويل،ملحق الأهـرا الاقتصادي.

14. جورج رو سيل كي نكيد، التضخم والدين الخارجي للبلدان النامية ، مقال مجلة التمويل والتنمي
صندوق النقد الدولي.ديسمبر عام 1981 .
15. خليل محمد خليل عطية الاستثمارات الأجنبية المباشرة و التنمية، (مقال).. مجلة مصر المعاصرة
أكتوبر 1994، العدد 137، القاهرة .
16. قادري عبد العزيز ،دراسة في العقود بين الدول ورعايا دول أخرى في مجال الاستثمارات
الدولية"عقد الدولة".مقال مجلة إدارة.المجلد7-العدد1-1997 .المدرسة الوطنية للإدارة.مركز التوثيق
والبحوث الإدارية.الجزائر.
17. وجيه شندي ، الفوائد الاقتصادية للاستثمارات الأجنبية، دراسات حول ضمانات الاستثما
مقال معهد البحوث و الدراسات العربية، ط 1978،
18. حمدي القبسي، تعليق حول كتاب لويس ترنز (الشركات ذات الجنسيات المتعددة و العا
الثالث) مجلة النفط و التنمية والتعاون العربي، ع1.ط1976 منظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول.
19. خليل محمد خليل عطية،الاستثمارات الأجنبية المباشرة والتنمية،مقال،مجلة مصر المعاصرة أكتوبر
1994
20. احمد القشيري ،الاستقرار والتطور في الأساليب القانونية المستخدمة من قبل الدول الآخذة في
التصنيع. (مقال) مجلة النفط والتنمية والتعاون العربي.ع1 عام 1976 .منظمةالاقطار العربية المصدرة
للبترول،الكويت.
21. عبد العزيز وضبان، العوامل المؤثر على إنتاجية العمل في القطاعين العام والخاص في الوطن العربي
ندوة الجزائر 20 نوفمبر 1981 المعهد العربي للثقافة العمالية .
22. إبراهيم شحاتة،الحدود السياسية للتمويل الخارجي، مقال، مجلة مصر المعاصرة، أكتوبر 1968.
23. بدرغيلان،تشريعات الاستثماروإستراتيجية التعاون المالي العربي،مقال مجلة النفط والتنمية.ط 1978
24. محمد يوسفي، مضمون و أهداف الأحكام الجديدة للمرسوم التشريعي 93-12 المتعلق بترقية
الاستثمارات،مجلة إدارة تصدر عن المدرسة الوطنية للإدارة المجلد التاسع العدد 2 - 1999.
25. دراسة مقدمة إلى المؤتمر الأول لرجال الأعمال والمستثمرين العرب المنعقد بالطائف في شهر نيسان
عام 1982 مجلة المصارف العربية العدد 14 مارس 1982 الصادرة عن اتحاد المصارف العربية بيروت.
26. جميل الشرقاوي ،(المقاصد الأساسية لقوانين الاستثمار في الدول العربية) مقال معهد البحوث و
الدراسات العربية. ط 1978.

27. السيد عبد المولى،المعاملة التفضيلية الضريبية للاستثمارات الأجنبية المقررة في قوانين الاستثم العربية.دراسات حول ضمانات الاستثمار،معهد البحوث والدراسات العربية.ط1978.القاهرة

28. نبيل صاغ، أين دور المستثمر المصري في الإنتاج الاقتصادي، (مقال) مجلة الأهرام الاقتصادي العدد 491 فبراير 1976. مؤسسة الأهرام، القاهرة.

29. ورقة العمل المقدمة من الإدارة العامة للشؤون الاقتصادية جامعة الدول العربية. مجلة المصارف العربية.العدد15 لشهر مارس من عام 1982.

30. تقرير المجلس الاقتصادي والاجتماعي للأمم المتحدة، عام 1966

31. تقريرالمجلس الاقتصادي والاجتماعي لعام1967 الملحق رقم 31 الأمم المتحدة 73 أكتوبر 1983

32. محمد أحمد عطاء الله، التأميم في القانون المقارن،مقال مجلة قضايا الحكومة، ع1 يناير 1975.

33. علي فاضل حسن،المصادرة في القانون الدولي، مصر المعاصرة 1977، القاهرة، .

34. أحمد القشيري، التأميم في الدول النامية، مجلة السياسة الدولية، العدد العاشر أكتوبر 967 مؤسسة الأهرام، القاهرة.

35. إبراهيم شحاتة.نظام الضمان الدولي للاستثمار الأجنبي تطوره والحكمة منه.مقال منشور بالمجلة المصرية للقانون الدولي.المجلد25 لعام1969 .

36. إبراهيم شحاتة.الإطار القانوني لتشجيع الاستثمارات الأجنبية الخاصة والرقابة عليها.المجلة المصرية للقانون الدولي.العدد24 عام1968 .

37. عبد القادر القادري.حول الحماية الدبلوماسية، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون و السياسة و الاقتصاد، كلية العلوم القانونية و السياسية الاقتصاد بالرباط، العدد 12 سنة 1982.

38. المذكرة المقدمة من طرف الإدارة العامة للمؤسسة العربية للضمان أكتوبر 1975 .

39. فايز انجق (المدلول القانوني لميثاق الحقوق والواجبات الاقتصادية للدول .ملتقى القانون الدولي والتنمية الجزائر 1976/04/11 الوثيقة رقم 5

40. عبد الأمير رحيمة العبود.اتفاقية(لومي) اتجاهاتها الرئيسية وأثارها على الدول النامية.

41. إبراهيم شحاتة وحازم اللاوي/مقال بعنوان:التعاون الاقتصادي العربي.ملحق الأهرام الاقتصادي 31 ديسيمبر 1965.

42. ابراهيم شحاتة.اهم المسائل الخلافية في تكوين هيئة دولية لضمان الاستثمارات الاجنبية.مجلة العلوم القانونية والاقتصادية العدد2 لشهر يوليو1970.

43. هشام علي صادق. النظام العربي لضمان الاستثمار ضد المخاطر غير التجارية دراسة قدمت إلى معهد البحوث والدراسات العربية ونشرت تحت عنوان(دراسات حول ضمانات الاستثمار في قوانين البلاد العربية 1978 دار غريب للطباعة .

44. ضمان الاستثمار، نشرة دورية تصدرها المؤسسة العربية للضمان العدد الخامس فبراير 1983.

45. إبراهيم شحاتة. تعليق على اتفاقية إنشاء الوكالة الدولية لضمان الاستثمار. المجلة المصرية للقانون الدولي .العدد 41 سنة 1985..الجمعية المصرية للقانون الدولي. القاهرة.

46. مذكرة مشروع الاتفاقية ، الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية نوفمبر 1968 .

47. تقرير وتوصيات شركة فيرست واشنطن سيكيورتيز. المقدم للمؤسسة العربية للضمان بعنوان حول توسيع نشاطات المؤسسة لتطوير الاستثمار أبريل 1978.

48. المذكرة المقدمة الى مجلس المؤسسة العربية للضمان في أكتوبر عام 1975 بعنوان(نظرة على الاتفاقية المنشئة لمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في ضوء الظروف الجديدة لمناخ الاستثمار في العالم العربي

49. مذكرة عن مشروع اتفاقية ضمان الاستثمارات. الصندوق الكويتي للتنمية الاقتصادية العربية نوفمبر 1968.

50. الوثيقة رقم 2 المقدمة في الاجتماع الأول لمجلس المؤسسة العربية للضمان بتاريخ 24 ماي 1974 .

51. الدراسة المقدمة الى مجلس المؤسسة في أكتوبر 1975. بعنوان نظرة على الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الاستثمار في ضوء الظروف الجديدة لمناخ الاستثمار في العالم العربي.

52. مذكرة حول المؤسسة العربية لضمان الاستثمار وموقف الدول العربية منها المقدمة للاجتماع الأول لمجلس المؤسسة بالكويت 29-30 ماي 1974 الوثيقة رقم 1

53. إبراهيم شحاته (أول قضية تحكيم بشان ضمان الاستثمارات الأجنبية) مقال المجلة المصرية للقانون الدولي عام 1970 .

54. يحي الجمل و احمد عشوش ،بعض جوانب الضمانات الدولية للاستثمار .مقال معهد البحوث والدراسات العربية. المنظمة العربية لتربية والثقافة والعلوم دار غريب للطباعة القاهرة ط1978.

55. فؤادرياض،الحصانة القضائيةللدولة. المجلة المصرية للقانون الدولي رقم 19 لعام 1963

56.محند اسعد،التقنيات القانونية في اتفاقيات التنمية الاقتصادية مقال ملتقى القانون الدولي و التنمية الجزائر من 11إلى 14 أكتوبر 1976.

57.احمد عشوش.أضواء على الجوانب القانونية في تأميم صناعة البترول ، مؤتمر البترول العربي الثامن بالجزائر- من 28 ماي الى 3 جوان 1972 الأمانة العامة لجامعة لدول العربية.

الاتفاقيات الدولية والنصوص التشريعية

1. اتفاقية تسوية المنازعات بين الدول ورعايا الدول الأخرى المصادق عليها من قبل الدولة الجزائرية في أكتوبر 1995 بموجب المرسوم الرئاسي رقم 95-346 ، الجريدة للجمهورية الجزائرية ، العدد 66 الصادر بتاريخ 05 نوفمبر 1995.
2. الاتفاق الجزائري البلجيكي المبرم بالجزائر في24 افريل1991 المتعلق بالتشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات. الجريدة الرسمية رقم46 اكتوبر 1991.
3. الاتفاق الجزائري الإيطالي المبرم في 18 ماي1991 المصادق عليه بمقتضى المرسوم رقم91/ 346 بتاريخ 5 اكتوبر 1991 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 46
4. الاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لعام 1982 المصادق عليها من قبل الجزائر في 7 أكتوبر 1995 .الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 59 اكتوبر1995 .
5. الاتفاقية الجزائرية الفرنسية حول التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات الموقع عليها في 13 فبريار 1993 بمقتضى المرسوم رقم 94/01 ج ر ص 4 العدد الأول الصادرة بتاريخ 2 يناير 1994 .
6. اتفاقية الوكالة الدولية لضمان الاستثمار المصادق عليها بمقتضى المرسوم رقم95-345 .الجريدة الرسمية ع66 ليوم 5نوفمبر 1995.
7. اتفاقية المؤسسة العربية للضمان.
8. اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمارات و ائتمان الصادرات. المرسوم الرئاسي رقم 144/96 الصادر في 23 أفريل 1996. الجريدة الرسمية. ع26 لعام 1996.
9. قانون الاستثمار السوري رقم 10 الصادر في 25 ـــ 04 ـــ 1991.
10. قانون استثمار رأس المال العربي والأجنبي رقم 744 المعدل بمقتضى القانون رقم 32 لسنة 1977 جمهورية مصر العربية .
11. الأمر التشريعي رقم01-03 المؤرخ في 20 أوت عام 2001 المتعلق بتطوير الاستثمار.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ع47 ليوم 22 أوت 2001 .

12. القانون رقم 82 –13 المتعلق بتأسيس الشركات المختلطة الاقتصاد الصادر في 28 أوت عـــا
1982 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية،العدد35 الصادرة في 1982/08/31.

13. عرض الأسباب المرفق مع النص التشريعي لقانون الاستثمار لعام 1966 الجريدة الرسمية العــدد 0
الصادر في 1966/09/17 المطبعة الرسمية.

14. قانون الاستثمار284/66، الجريدة ،ر،للجمهورية الجزائرية العدد 80 الصادر في 1966/09/17.

15. المرسوم رقم 98/83 الصادر في 29 يناير 1983 المتضمن إنشاء الديوان الوطني لتوجيه الاســتثما
الخاص الوطني و متابعته .

16. قانون النقدوالقرض 10-90 الصادر في 14 أفريل1990 الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية أبريـ
.1990

17. قانون خوصصة المؤسسات العمومية رقم 95-22 الصادر في 26 أوت 1995، الجريـــدة الرسميـــ
للجمهورية الجزائرية العدد 48 الصادرة في 8 سبتمبر 1995.

18. المرسوم التشريعي رقم 12-93 الصادر في 5 أكتوبر 1993 المتضمن قانون ترقية الاستثمار.

19. الأمر رقم 06/96 المؤرخ في 10 يناير 1996 المتضمن تأمين القرض عند التصدير ، الجريـــدة الرسميـــ
للجمهورية الجزائرية ع 3 للسنة الثالثة و الثلاثون الصادرة بتاريخ 14 يناير 1996 .

20. الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 14/88 .

21. القانون رقم11–91 المتعلق بترع الملكية للمنفعة العمومية.

مراجع اللغة الأجنبية

1. A- Fatourous, governement guarantes to foreign investors, Comlumbia University Press, New york and London ,1962.
2. Dominique Carreau Patrick Juillard et Thiebaut Flory, droit international économique , L.G.D.J 1978.
3. George Fischer, la garantie gouvernementale accordée aux investissements privés effectués à l'étranger , revue juridique et politique française , L.G.D.J 1955.
4. Hosni El Gamel, l'assurance des investissements étranger dans les pays sous-développés contre les risques non commerciaux , thèse pour le doctorat , faculté de droit , université de Paris .
5. M. Paul de Visshser , la protection des personnes morales, recueil des cours , 1961-1, académie de droit international .
6. Mohamed Bouhacine , l 'évolution des relations juridiques et industrielles entre pays , thèse pour le doctorat d'Etat , université de Nice 1987.
7. Philipe Khane, rapport de la commission des investissements privés , édition 1967.
8. Roy Preis Werk , la protection des investissements privés dans les traités bilatéraux , thèse pour le doctorat, université de Genève, faculté de droit 1963.
9. Bulletin mensuel de statistiques , volume N°11 , Novembre 1978, ST ESA Stat Serle-Q 71 .
10. Documents sur les relations entre l'Algérie et la France et les sociétés pétrolières française , imprimé en Suisse , Mai 1971, PA 16-3 .
11. Nations Unies, département des affaires économiques et sociales : les investissements étrangers dans les pays en voie de développement , New York 1968.

الفهـــــرس

الحماية الوطنية والدولية للاستثمار الأجنبي

وضمانه من المخاطر غير التجارية في الدول النامية

الفصل الثاني

الباب الثاني

الفصل الأول